

اهداءات ٢٠٠٣

أ.د/ محمد توفيق محمد الرويني

الإسكندرية

الوسيط
في شرح القانون الملحق
الجزء الثاني
نظرية الالتزام بوجوه عام

المجلد الثاني
آثار الالتزام

تأليف
عبد الوهاب محمد السني

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسية من معهد القانون الدولي بجامعة باريس
الطبعة الثانية

قام بتنقيحها وإضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه

المستشار
مُصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة استئناف القاهرة
(نائب رئيس محكمة النقض سابقا)

دار النهضة العربية

٢٢ شارع عبد الحافظ لروت

١٩٨٢

القسم الثاني

آثار الالتزام

تمهيد

(١)

تنفيذ الالتزام

٣٨٠ — أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو انشاء الالتزام ، اذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني الفرنسي خلطا ظاهرا بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معا

* «مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التي يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التي رجعنا اليها ، فعند الإشارة الى المرجع تنصرف الإشارة الى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسي : أوبري ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة — بودري وبارد الجزآن الاول والثاني طبعة ثالثة — ديموج الجزآن السادس والسابع — بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثمانية — بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثمانية — دي باج الجزآن الثاني والثالث طبعة ثمانية (في شرح القانون البلجيكي) — بلانيول وريبير وبولانجييه الجزء الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٥٩ — مارتى وريينو في القانون المدني . الجزء الثاني المجلد الاول طبعة سنة ١٩٦٢ — مازو دروس في القانون المدني . الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٥٩ — مارتى وريينو في القانون المدني . الجزء الثاني . المجلد الاول طبعة سنة ١٩٦٢ — مازو دروس في القانون المدني . الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٦٢ — داللو انسكلوبيدي .

الفقه المصري : دي هلتس — هالتون — والتون — الاستاذ عبد السلام ذهني في نظرية الالتزامات — نظرية العقد للمؤلف — الموجز للمؤلف — الاستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد — الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في =

مختلطين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزا دقيقا (١) .
أما التقنين المدني المصري السابق فقد فصل ما بين الأثرين ، وتجنب
الخلط الذي وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان مقتضبا كل
الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، فأغفل « طائفة من
أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة » (٢) . واستدرك هذا
النقص التقنين المدني المصري الجديد ، فتناول آثار الالتزام في باب
رتب تدرجيا تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قسك أن
تجد له نظيرا في التقنيات الحديثة (٣) .

وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذا عينا (exécution en nature) أو تنفيذا
بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts).
كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذا اختياريا (exécution volontaire)
أو تنفيذا جبريا (exécution obligatoire).

= نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) - الأستاذ اسماعيل غانم في النظرية العامة
لاحكام الالتزام الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٦٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى
في النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٦٧ - الأستاذ أنور
سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٧٠ -
الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني
المصري الجزء الثانى ، أحكام الالتزام .
(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩ - دى باج ٣ فقرة
٦٤ وفقرة ٦٦ .

(٢) والى هذا تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فنقول :
« قتر التقنين الحالى (القديم) في النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتسيرا
أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة . .
وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهى بعد مغموطة الحق في أغلب
التقنيات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من
الاغفال كاملا . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العينى وما يقتضيه من سداد
بالنسبة لاقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيذ
بمقابل وبوجه خاص تبعة المدين والاعفاء منها ، واجراءات التنفيذ واجراءات
التحفظ . ثم ان من المسائل ما بالغ هذا التقنين في أجمال الأحكام الخاصة
به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحيانا ، كما هو الشأن في الأعذار والشرط الجزائى
والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية » . .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٣٠ - ص ٣١ - وقد جاء في المذكرة =

٣٨١ — التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل

في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا عينيا ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما إذا اختلف أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضا عينيا (réparation en nature) . فإذا التزم جار بآلا يقيم حائطا في أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو الآلا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامة . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

٣٨٢ — التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبرى : وسواء كان التنفيذ

عينيا أو كان عن طريق التعويض ، فإن المدين يدعى الى تنفيذه اختيارا . والتنفيذ الاختياري هو الذى يقابل عنصر المديونية (Schuld) في الالتزام ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب

= الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعا ، وجهد في علاج أهم وجه منها ، فعمد الى تنظيم الاعسار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن الى احتذائه كلما دعت الحاجة لذلك . ويكفى أن يشار بوجه عام الى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تمهيدية أفردت في سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصولا ثلاثة : تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثانى بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الاعذار ، وتقدير التعويض تقديرا قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا . ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويرامى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثا تتفرع جميعا على اعتبار الذمة ضمانا عاما للدائنين : وهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس وقد بسطت أحكامه بسطا يسمو به الى مرتبة الأصول العالية . وأخيرا اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الاعسار . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ — ص ٤٩٥) .

انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها • وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختيارا — ولم يكن الالتزام التزاما طبيعيا على النحو الذى سنبينه فيما يلى — أجبر على التنفيذ العينى أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال • والتنفيذ الجبرى هو الذى يقابل عنصر المسؤولية (Haftung) فى الالتزام •

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبرى والتنفيذ العينى واعتبارهما شيئا واحدا ، ذلك أن التنفيذ الجبرى كما قد يوجه الى تنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيا ، كذلك قد يوجه — بل ان هذا هو الذى يقع كثيرا — الى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض (١) •

٣٨٣ — الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة

لالتزاماته ، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين • والدائنون متساوون قانونا فى هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، الا من خوله القانون ذلك بمقتضى حق خاص ، كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين الا بالنسبة الى هذا المال وحده •

والمساواة ما بين الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين انما هى مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية • فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه ، فاذا بادر أحدهم الى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق فى مشاركته فى هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء • ولكن اذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا ، فقد تكون غير متيسرة فعلا • ويرجع ذلك الى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من اجراءات التنفيذ ، واذا علموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت الى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، واذا كانت اجراءات التنفيذ لم تصل الى هذه المرحلة فقد

يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، اذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وان كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

والدائن ، قبل أن يتخذ الاجراءات التنفيذية ، قد يتخذ اجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الاجراءات التحفظية والاجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الاجراءات ، هي فوق الأولى ودن الثانية ، يمهدها الدائن الى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الاجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر اعساره . وفي شهر اعسار المدين — كما سنرى — ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وان كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الافلاس ، فلا تزال اجراءات التنفيذ بعد شهر الاعسار اجراءات فردية لا جماعية .

٣٨٤ — الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني ، ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الاجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية ودعوى الصورية والحق في الحبس والاعسار .

قبل ذلك — وفي هذا التمهيد — نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفترقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

(م ٦٠ — الوسيط ج ٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ — ينفذ الالتزام جبرا على المدين » .
- « ٢ — ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه (١) » .
- ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (٢) ، ولكن حكمه كان مطبقا من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢٨٠ ، وفي التقنين المدني الاردني م ٣١٣ (٣) . ولم يرد في التقنين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الاولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « م ٢٧٤ — يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى — ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا ، فان المدين لا ينفذه الا باختياره » . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائي ، على الوجه الآتي : « ١ — ينفذ الالتزام جبرا على المدين ٢ — ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه » . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ — ص ٤٩٧) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق ، وسيأتي ذكرها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٠ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢ : الموجب المدني هو الذي يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المدين ، والموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني .

المدنى العراقى نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدنى العراقى لا يعترف بالالتزام الطبيعى ، ففى المبادئ العامة وفى مبادئ الفقه الاسلامى (١) • ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعى فى هذا القانون (٢) •

٣٨٦ — مكان الالتزام الطبيعى وتمييزه عن الالتزام المدنى :

ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدنى الجديد ، وهو فى مسنهل الكلام فى آثار الالتزام ، عمد الى ابراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، فالأول لا جبر فى تنفيذه (٣) ، أما الثانى فيجبر المدين فيه على التنفيذ • وهذا التمييز يرجع الى أثر الالتزام من حيث جواز اجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكانا صالحا للالتزام الطبيعى يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه • ولم يذكر التقنين المدنى السابق الالتزام الطبيعى الا عرضا ، وفى موطن ليس مظنة لوجوده فيه • فهو يشير الىه فى مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول فى المادة ١٤٧ / ٢٠٨ : « انما من أعطى باختياره شيئا لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزميته به ولو لم يوجب القانون ، لا يكون له

١ = التقنين المدنى الكويتى م ٢٨٠ : ١ — اذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره ، نفذ جبرا عليه ٢ — ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا جبر فى تنفيذه •

التقنين المدنى الاردنى م ٣١٣ : ١ — ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية ٢٠ — فاذا افتقد الحق حماية القانون لاي سبب فلا جبر فى تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب فى ذمة المدين • (١) ومبادئ الفقه الاسلامى مصدر من مصادر القانون المدنى العراقى (انظر المادة الاولى من التقنين المدنى العراقى) •

(٢) وقد بحث الدكتور حسن على الذنون فى كتابه « أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى » بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ — ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعى على النحو المعروف فى كتب الفقه الغربى ، ولم يبين مبالغ جواز الاخذ فى القانون المدنى العراقى بالاحكام التى بسطها فى ذلك ، بعد أن اغفل التقنين المدنى العراقى الاشارة الى الالتزام الطبيعى •

(٣) استثنائا مختلفا ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ •

استتراده » • وقد قصد بالدين الذى لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعى ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام •

وكذلك فعل التقنين المدنى الفرنسى ، فقد ذكر الالتزام الطبيعى استطرادا فى المادة ١٢٣٥. فى صدد الكلام فى الوفاء (paiement) على الوجه الآتى : « ١ — كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده • ٢ — على أنه لا يجوز الاسترداد فى الالتزامات الطبيعية اذا كان الوفاء بها قد تم اختيارا » (١) •

وقل فى التقنيات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعى فى أكثر من نص أو نصين (٢) •

أما التقنين المدنى الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعى ، فى مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدنى ، شيئا من العناية ، فعرض فى نصوص أربعة الى بيان حالاته وبسط أحكامه (٣) • وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر

(١) وهذا هو الأصل فى نصه الفرنسى :

Art. 1235: Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être du est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى المادة ٨١٤ — وتقنين الالتزامات السويسرى م ٧٢ فقرة ٢ — والتقنين الأرجنتينى م ٥١٦ — ٥١٨ — والتقنين الشيلى م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ • وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أحكام الالتزام الطبيعى فى المواد من ٢ الى ٨ •

(٣) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع • ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار • قسمة الالتزام الطبيعى هى اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانونى وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب العقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها • ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك فى أنه يفضل وضعها فى التقنين الحالى (السابق) ، حيث أجملت كل الاجمال ، فى معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : انظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصرى (السابق) • وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعى على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن =

على التنفيذ (١) • ونحن نتابعه في ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية
الالتزام الطبيعي ثم الالتزام المدني •

أ - الالتزام الطبيعي *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ - الالتزام الطبيعي وسط في المرتبة بين الالتزام المدني
والواجب الأدبي : الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة
القانون ، فيعترف به القانون الى مدى معين • وهذا المدى الذي يقف
عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري :
لا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري ، ولكن التنفيذ
الاختياري معتبر • فاذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعا وهو على بينة
من أمره ، أى اذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع

= يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أى الاحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب
الأدبي واجبا يعترف به القانون • وليس يحد من سلطان القضاء في هذا الشأن
الا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له اقرار الالتزام الطبيعي
بأى حال متى كان مخالفا لهما : انظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع • ويختلف
عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعي من آثار ، فمن الميسور تحديدها
تحديدا تقريبا ، ولا سيما أنها جد قليلة • ومن المأثور أن الالتزام الطبيعي في
القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صورا في نطاق
التطبيق ، وأقل انتاجا في نطاق الآثار • وهو بهذا يعوض في ناحية ما يفوته في
الناحية الأخرى • وتنحصر هذه الآثار في أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء
المدين اختيارا لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء
ولا يعتبر تبرعا : المادة ٢٠٧ من المشروع • والثانى أن هذا الالتزام يصلح
سببا لالتزام مدنى • وفيما عدا هذين الأمرين لا يترتب الالتزام الطبيعي أى اثر
آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاس في التزام مدنى أو أن يكفل
كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ —
ص ٤٩٦) •

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) •

* مراجع : بنكاز ملحق بودرى جزء خامس - ديموج جزء اول =

ذلك يؤدي الى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فانه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعي ، اذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام في ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين اذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً اذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

واذا رجعنا الى ما قدمناه في الجزء الأول من هذا الكتاب (١) من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, Schuld) وعنصر المسؤولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوى من هذين العنصرين الا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالالتزام الطبيعي مدين ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا اذا وفى الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء اذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هو عنصر المسؤولية قد انفصل عنه .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين

= ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٨٦ وما بعدها — بلانيول (مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) — بيرو (Perreau) (مقال له في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣) — بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — برو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ — سافاتييه (Savatier) رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — سندرييه (Cendricr) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — فابيوكوندر كومباراتو Fabico Konder Comparete رسالة من باريس سنة ١٩٦٤ «Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit pniné»

(١) الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة فقرة ٩ ص ٣٩ هامش رقم ١ — فابيوكوندر كومباراتو السابق ص ١٧٧ — ١٨٤ .

المرتبتين سما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، لم يبلغ
أن يصير التزاما مدنيا (obligation civile) . فهو التزام طبيعي
(obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن
الواجب الأدبي ، ولا يرتب عليه الا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام
المدنى .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق
والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون بعض الواجبات التى
تمليها الأخلاق والآداب . واذا كان النظام العام بابا تدخل منه العوامل
الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو
الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية
والأدبية الى القانون . والقاضى هو الذى يحدد الالتزامات الطبيعية ،
كما هو الذى يحدد النظام العام ، مسترشدا في ذلك بآداب الجيل من
ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فإذا وقف أمام
واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاما مدنيا ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه
أخلاق البيئة ويقضى به ضمير الفرد ، أقره التزاما طبيعيا ، ورتب عليه
آثره .

فلو أن فقيرا أنقذ مثرى من الغرق ، التزم المثرى نحو الفقير : (أولا)
بما تجشمه الفقير من خسارة في انقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو
التزام مدنى — (ثانيا) وبإجازة الفقير على انقاذه ، وهذا هو التزام
طبيعى — (ثالثا) وبالإحسان الى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك
حتى لو لم يكن هو الذى أنقذه ، وهذا هو واجب أدبي (١) .
ونتكلم الآن في الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى وفي
الآثار التى تترتب عليه .

(١) انظر في كل هذا المرجع للمؤلف فقرة ٤٥٧ — وانظر ايضا :
استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٢٧ .

١ — الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي

٣٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعي »
- وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » (١)
- ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقا من غير نص •

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣ ، وفي التقنين المدني الكويتي م ٢٨١ (٢) • ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في التقنين المدني الأردني •

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويقرر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبي التزاما طبيعيا • وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » • وفي لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحويل في اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ في المشروع النهائي • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) •

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١ (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري) •

التقنين المدني الليبي م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعي يقوم على أساس واجب ادبي أو اجتماعي • وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام • (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) •

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣ : للقاضي عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما اذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي أو لا • ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفا لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق أيضا في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) •

التقنين المدني الكويتي م ٢٨١ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، متى =

٣٨٩ — سلطة التقدير للقاضي — رقابة محكمة النقض : ويتبين

من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى الى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك لتقديره الى القاضي (١) ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضى في حالة معينة أن هناك التزاما طبيعيا ، فيجب اعمال النص (٢) . مثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه « يقترب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تعرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفا قانونيا ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع كيفية التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب الى المشرع منه الى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقه ، مستمدا تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب الرجوع اليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضي مع وجود النص الذي يكن اليه أمر التقدير . ومن

= يعتبر الواجب الأدبي التزاما طبيعيا ، مراعيًا في ذلك الوعي العام في الجماعة ، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم الالتزام الطبيعي بخالف النظام العام ، (ولا فرق أيضا في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

(١) ويرى الاستاذ اسماعيل غانم أن سلطة القاضي في تقدير وجود الالتزام يجب أن يستند الى ما وقر في ضمير الجماعة وارتفع الى مرتبة الالتزام الطبيعي (راجع مؤلفه النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني فقرة ١١٨) .

(٢) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضي بدوره (انظر جوسران ٢ فقرة ١٧٨) .

ثم فلا يرتبط في شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هي المصادر المباشرة التي يستخلص منها الحلول القانونية وفقا للمادة الأولى من التقنين المدني .

أما مسألة الواقع التي يبت فيها القاضي دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهي تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة (١) .

وننظر الآن كيف يستطيع القاضي أن يحدد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، مهيدين لبيان ذلك بالصعود الى الأصل التاريخي لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة في هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعي بعد أن نكون قد حددنا العناصر التي يتكون منها .

٣٩٠ — الأصل التاريخي للالتزام الطبيعي : يصعد الالتزام الطبيعي في أصله الى القانون الروماني . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام آثار بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضا بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية (٢) ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعي آثارا أقل مما كان يرتبه القانون الروماني (٣) .

(١) بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ٩٨٤ — قارن دي باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .

(٢) وليس هذا العدد بأقل مما كان في القانون الروماني ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التي كان القانون الروماني يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبقت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت في القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية الى منطقة القانون .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٠ .

والالتزام الطبيعي في القانون الروماني كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية • فكان هناك التزام طبيعي حيث يختل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابنا لذاك أو عيدا له ، وحيث يكون المدين ناقص الأهلية • ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث • فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية العرقة التي كانت تحيط به ، ومن الأبواب التي انفتحت لادخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون •

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعا كبيرا في الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد الى كل التزام يوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي • ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعي عن القانون الروماني ، فجعله محصورا في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية • أما بوتيه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي ، وعارض بها فكرة القانون الروماني (١) • فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الانسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدني فهو يلتزم به أمام العالم الخارجي (qui oblige dans le for extérieur) على أن بوتيه كان يميزا تمييزا واضحا بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي (٢) •

(١) بوتيه في الالتزامات فقرة ١٩١ •
(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ •

٣٩١ — النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي — الالتزام المدني

المتحلل : قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي في القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة • فالالتزام الطبيعي يرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام المدني ، ويبتعد كثيرا عن الواجب الأدبي • فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يرتب آثاره • وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية • وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام ويعد أن تولدت آثاره ، كما يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفسر (concordat) ، فينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي •

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعا من الالتزام المدني ، فهو التزام مدني متحلل (obligation civile dégénérée) عاقه مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة •

والذي وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : ١ — تقاليد القانون الروماني التي سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول • ٢ — الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعي واجبا أدبيا اعترف به القانون ولو الى مدى محدود ، ولا يكون جسرا يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاما مدنيا منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاما عن منطقة الآداب والأخلاق • وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعي ضبطا دقيقا ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، مادام الالتزام الطبيعي لا يعدو أن يكون التزاما مدنيا أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانوني •

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح • فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلا تاما ، فتغفل في سبيل

هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي • ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس الا مظهرا لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها في بعض الحالات الى حد أن يرتب عليها أثرا قانونيا ، فيدخلها في حظيرة القانون • فالالتزام الطبيعي اذن هو واجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاما مدنيا متحلا • بل قد لا يكون بتاتا التزاما مدنيا متحلا ، وينشأ منذ البداية واجبا أدبيا يعترف به القانون ويدخله في منطقته • وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة فننتقل الآن اليها •

٣٩٢ — النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي — الواجب الأدبي :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعي باعتباره التزاما مدنيا متحلا ، الى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه • فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجبا أدبيا (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجبا أدبيا منذ بدايته ، أو نشأ التزاما مدنيا ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره •

فلا تلازم اذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية • بل ان الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، اذ هو النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية • وما دام في مرتبة وسطي بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو أما أن يكون التزاما مدنيا نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، وأما أن يكون واجبا أدبيا ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسؤولية • وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملا على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية •

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر الى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولا ، ثم يتدخل فيه القانون

بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري . وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجبا أدبيا منذ البداية ، أو نشأ التزاما مدنيا ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجبا أدبيا يترتب عليه القانون بعض الآثار (١) .

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ٢٠٨ ، بإحلالها لفظ « الواجب » محل عبارة « الالتزام الطبيعي » الواردة في المادة ١٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقا مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عاليا في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse). فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعا في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضا بوازع من دقة السلوك (délicatesse) . (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي ، لتعذر الإحاطة بها على سبيل الحصر . والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيما سهلا المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنظيم أولاهما ما يكون أثرا تخلف عن التزام مدني تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بتصلح المفسد مع دائنيه أو يقضى ببطلانهم لعدم توافر الأهلية . ويدخل في الثانية ما ينشأ واجبا أدبيا من الأصل ، كال تبرعات التي لا تستوفي فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذا لالتزام طبيعي كما سنرى) ، والالتزام الشخص بالانفاق على ذوي القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانونا ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

هذا ويذهب دي باج إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سببا لالتزام مدني ، لا يمكن أن يكون له أثر قانوني ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سببا لالتزام مدني ، يكون قد حل محله التزام مدني ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف في أية مرحلة من المرحلتين (دي باج ٣ ص ٦٤ — ص ٦٦) . وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاما مدنيا بتنفيذه أو بالاعتراف به سببا لالتزام مدني ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هي التي تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن =

٣٩٣ — عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصا

من النظرية الحديثة على النحو الذى قدمناه ، ومن الرجوع الى نص التقنين المدنى الذى سبق ايراده ، ان للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبى يتميز فى نطاق محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ • فيخرج بذلك من دائرة الابهام والغموض التى تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية الى دائرة التحديد والوضوح التى تتميز منطقة الالتزامات المدنية • وهذا الواجب الأدبى اما أن يكون فى أصله التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا لسبب قانونى منع من أن يترتب عليه كل

= الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سببا للالتزام مدنى له وجود قانونى محقق ، أذ هو فى هذه المرحلة الاولى التزام قابل للتنفيذ الاختيارى وقابل لان يكون سببا للالتزام مدنى ، وهذا كاف فى ثبوت وجوده القانونى • ويذهب بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً فى الالتزام الطبيعي ، فيحصره فى حالات قليلة هى أقرب الى النظرية التقليدية •

ويتحفظ بارتان (فى تعليقاته على أوبرى ورو) ويرى الوقوف موقفا معتدلا ما بين النظرية التقليدية التى تضيق فى حالات الالتزام الطبيعي تضيقا شديدا والنظرية الحديثة التى توسع فى هذه الحالات توسيعا مفرطا ، وهو عين الموقف المعتدل الذى وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) • على أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعا فى حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحا بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفيا بالقول ان الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضروري أن يكون التزاما مدنيا أو التزاما طبيعيا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ — ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) •

أما بلانيول (انظر مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقاربا مستمرا ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الادبى ، فيتوسع فى نظريته الى الالتزام الطبيعي ، وهو من مؤسسى النظرية الحديثة • كذلك يعد كولان وكايبتيان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الادبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجية (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة •

ويلاحظ أن قواعد الآداب والاخلاق تتسرب الى القانون من جملة ابواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثانى فكرة التعسف فى استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي •

آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجبا أدبيا أصبح التزاما طبيعيا لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام •

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادى • وفيه يسترشد القاضى بأداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ فى العمل •

(العنصر الثانى) احساس المدين أن فى ذمته التزاما طبيعيا • وليس من الضرورى أن يكون هذا الاحساس قائما فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفى أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل فى الاعتبار المؤلف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغى أمام الضمير أن يؤدى • ونرى من ذلك أن المعيار فى العنصر الثانى موضوعى لا ذاتى ، والمبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغى أن يحس ، بوعى الجماعة أو وعى الفرد المجرد ، لا بوعى المدين بالذات وفى هذا ضبط للالتزام الطبيعى يستقر عنده التعامل •

وهذا العنصر الثانى هو العنصر المعنوى وفيه يسترشد القاضى بواجب الضمير من ناحية وعى الجماعة •

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام • وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى فى هذا الصدد أنه « فى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام (١) » ونأتى بأمثلة على ذلك •

١ — إذا. اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين لدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن ما دفعه من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أى التزام طبيعى وأن فمضى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصح استرداده ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢٤ من مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١١٣ ص ٨٦١) •

الفوائد زائداً على $\frac{1}{2}$ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو يتعارض مع النظام العام ، ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى $\frac{1}{2}$ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر (١) » .

٢ — إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، وفي ما خسره محسباً أنه إنما يوفي ديناً واجباً في ذمته ، فإن هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : « ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (٢) » .

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — بيدان لاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذي يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد ما دفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعي . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقضى ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد ما دفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من دين القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — أشعاراً بمقته للقمار وامعانا في كراهيته — أن يتجاهله بقاتا ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بغش صدر من جانبه Nemo auditur turpitudinem suam allegans (بلانيول =

٣ — اذا عقد شخص مع آخر اتفاقا مخالفا للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقا على رشوة ، ودفعها المدين لدائن وهو يحس أنه يقوم بتعده ، فان هذا لا يكون التزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام . وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرشسو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب (١) .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام (٢) .

= وريبوروبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩). ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفا ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبري ورو ويعتبران دين القمار مشروعا في ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبرا عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان الى أن عدم امكان تحويل دين القمار الى دين مدنى إنما هو استثناء من قاعدة امكان تحويل الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى (ص ١٤) . انظر أيضا في أن دين القمار التزام طبيعى : كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ وفي مصر — قبل التقنين المدنى الجديد الذى اشتمل على نص صريح فى جواز استرداد دين القمار على ما رأينا — كان العمل جاريا فى الغالب على حكم القانون الفرنسى الذى قدمناه ، فكان دين القمار لا يسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — اول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . انظر أيضا : والتون ١ ص ٢٨ — ص ٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفى لبنان « يعد دين المقامرة أو المراهنة التزاما طبيعيا ، لأنه وإن كان لا يخول الرابع حق المدعاة بشأنه ، لكنه لا يجيز للخاسر استرداد ما دفعه اختيارا » (الدكتور صبحى الحمصانى فى آثار الالتزام فى القاتون المدنى اللبناني ص ٧٥) .

(١). الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعى ، ما يأتى : « ويتعين على القاضى عند الفصل فى امر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت =

٣٩٤ — بعض حالات الالتزام الطبيعي : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقا لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

ونقسم هذه الحالات الى طائفتين : ١ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية . ٢ — التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة الى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية (١) . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاما مدنيا صحيحا وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاما مدنيا ليصبح التزاما طبيعيا .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية (٢) .

= بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وعي الفرد أو في وعي الجماعة الى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص الى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي يتقضى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضا على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة — غلط أو تدليس أو إكراه — فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري وبرو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

فاذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الأجازة ، كان له أن يطلب ابطال العقد فينقلب التزامه المدنى التزاما طبيعيا ، اذا أداه علما مختارا ثم يستطع أن يسترده (١) . ويذكر عادة ، كمثلا آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من انتقنين المدنى على أنه « اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص انما هو تطبيق لالتزام طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة (٢) . ولو صح هذا الالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الهبة الباطلة سببا لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل فى الهبة عن طريق كتابتها فى ورقة عرفية ثم اتخاذها سببا لالتزام مدنى صحيح فى ورقة عرفية أخرى . وهذا مالا يجوز التسليم به . والصحيح فى رأينا أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، انما هو اجازة لعقد الهبة ، اذ البطلان المترتب على عيب فى الشكل قد تلحقه الاجازة اذا نص القانون على ذلك (٣) .

(١) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٢٣١ — انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٢ — وقارن دى باج ٣ ص ٧٠ . وهذا غير التزام القاصر بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ مدنى) ، فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع . اما الآخر فالالتزام طبيعى تخلف عن التزام مدنى مصدره العقد . ويقال عادة أن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدنى) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد ابطال العقد قد انقلب التزاما طبيعيا تكون كفالته صحيحة . والصحيح فى رأينا أن الكفالة فى هذه الحالة ليست التزاما تبعيا ، بل هى التزام أصلى عقده الكفيل معلقا على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بابطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزما بتنفيذ العقد الذى لم ينفذه القاصر . وسنعود الى هذه المسألة .

(٢) انظر الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٤١ وجزء ٤ ص ٢٥٢ وص ٢٥٤ . وانظر أيضا محكمة الاسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٣) وهذا ماقررناه فى الجزء الاول من الوسيط . وقد جاء فيه مايتى : =

ومن أمثلة النواع الثانى الالتزام المدنى اذا تقادم . فقد نشأ التزاما مدنيا ، وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقاءه التزاما مدنيا ، وهو التقادم الذى تمسك به المدين (١) ، فانقلب التزاما طبيعيا ، اذا أداه المدين مختارا لم يستطع استرداده . وقد ورد فى هذا الحكم نص تشريعى صريح فى التقنين المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى (٢) » . ومن أمثلة

= . . . الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الاخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الاجازة ، وقد يسمح باجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والنوصية (الوسيط جزء أول (الطبعة الثالثة) ص ٣٢٧ فى الهامش وأنظر أيضا فقرة ٣٠١ ص ٦٥١) . أنظر أيضا من هذا الراى الاستاذ أسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش رقم ٢ — والتون ١ ص ٢٧ .

وفى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٢٤٠ امكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير ورسوان ٧ فقرة ٩٩٠ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) — قارن بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٧١ — فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الشكل ، حتى اذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها بالنسبة الى الورثة قابلة للابطال ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق يتقلب الى بطلان نسبي بموت الواهب . (١) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنيا (أنظر المادة ٣٨٧ مدنى — وقارن بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاما مدنيا واجب الوفاء الى أن يدفع بتقادمه ، فاذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين . ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم ، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعى : نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ .

(١) استئناف اهلى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ =

النوع الثانى أيضا الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة مدين وجهت اليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فان الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن اذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فانه ينقلب الى التزام طبيعى ، اذا أداه المدين مختارا لم يستطع استرداده . وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضى ، فانه اذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاما طبيعيا (١) . والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي الذى انقضى بالصلح ينقلب التزاما طبيعيا ، اذا أداه الدائن مختارا بعد ذلك لم يستطع استرداده (٢) . ولا حجة فى الصلح لباحة الاسترداد (٣) .

= ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الاسستاذ عبد المنعم البدر اوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

- (١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .
- (٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما اذا تعهد المفلس أن يدفع الباقي من ديونه اذا تحسنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبرة التعهد . وسنعود الى هذه المسئلة فيما يلى (انظر فقرة ٤٠١) ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذى يصطلىح مع دائنيه مدينا تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية . فاذا كان هذا التعهد — باعتباره تعهدا مدنيا — باطلا ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسعر الذهب أو بسعر العملة الاجنبية المتفق عليها ، فانه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائدا عن سعر العملة الورقية ذات السعر الالزامى ، لانه انما وفى التزاما طبيعيا (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) ، ولا يتفق هذا الرأى ، اذا اعتبرنا شرط الذهب باطلا لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذى قدمناه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يقوم مخالفا للنظام العام .
- (٣) أما اذا كان الالتزام المدنى لايجوز اثباته الا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للاثبات ، ولم يصدر حكم حجية الامر المقضى برفض الدعوى بهذا =

٣٩٦ — التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الاولى التى وصلت الى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك الى مرتبة الالتزامات الطبيعية (١) .

ومن الامثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذى ألحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن اغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشره غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشره يكون التزاما طبيعيا . أما اذا صحب الاغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاما مدنيا . واذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشره بعد انتهائها ، بل الاغراء على المعاشره ، فان الالتزام لا يكون التزاما طبيعيا ، بل يكون التزاما مخالفا للالتزام لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعى .

ومن الامثلة على هذه الطائفة الثانية أيضا التزام شخص بأجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donation rémunératrice) اذا لم يكن هناك التزام مدنى بالإجازة ، وذلك كأجازة خادم أخلص فى الخدمة أو كيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض (٢) . فان هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبيا ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل

= الالتزام ، فانه يبقى التزاما مدنيا ولاينقلب التزاما طبيعيا . لكنه التزاما غير ثابت ، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالاقرار أو باليمين . واذا دفعه المدين لم يستطع استرداده ، لا لانه يدفع التزاما طبيعيا لا يسترد ، بل لانه يدفع التزاما مدنيا أقر به بمقتضى دفعه اياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحا ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن اثباته يجوز أن يكون بالبينة والا مناص من دفعه (قارن الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(١) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو- ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

في هذه الظروف الخاصة يرقى به الى مرتبة الالتزام الطبيعي (١) .
كذلك اذا أثري شخص على حساب غيره دون أن تتوافر شروط دعوى
الاثراء ... لم يكن هناك التزام مدني برد قيمة الاثراء لعدم توافر
الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعي بهذا الرد مبني على فكرة العدالة .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيرا التزام شخص بالنفقة
على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانونا ، فان الالتزام هنا يبدأ واجبا
أدبيا ، ولكن واجب التضامن بين افراد الاسرة في هذه الحالة الخاصة
يرتفع به الى مرتبة الالتزام الطبيعي (٢) . كذلك التزام الاب بتجهيز
ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاما طبيعيا
في ذمة الاب ، بسبب توثق وأصر العلاقة الابوية فيما بين الاب
وأولاده (٣) .

٢٩٧ - تفاصيل لحالات الالتزام الطبيعي - الالتزام الطبيعي

يتأخم الالتزام المدني : ونظرة الى ما قدمناه من حالات الالتزام
الطبيعي تدل على أن هذا الالتزام مكانه في دائرة القانون أوسع
مما يظن لأول وهلة . بل ان الالتزام الطبيعي يتأخم الالتزام المدني ،
ويتعقبه خطوة خطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدني هي العقد

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧ . ويشترط أن تكون الخدمة
مما يمكن تقديره بمال وألا تكون الجائزة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل
هذه الخدمة .

(٢) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٣) أوبرين ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ -
قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة - والتون ١
ص ٣٣ - ص ٣٤ .

ويعد التزاما طبيعيا التزام المطلق بالنفقة على مطلقة بعد أن عاش معها
مدة طويلة ، ثم طلقها في وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن
تكون هناك أسباب خطيرة تدعو الى الطلاق (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون • وما نحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر •
فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا يكون مصدرة في العادة العقد ، فهو يتأخم الالتزام المدني العقدي • وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع الى الرضاء في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع الى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لان الرضاء سليم غير مشوب بعيب • ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الاهنية ، والالتزام الذي سقط بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الامر المقضي ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، لان المانع القانوني الذي حال دون توليد الآثار المدنية ترجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء فلم ينعدم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاما طبيعيا على النحو الذي قدمناه (١) •

والالتزام الطبيعي يتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الاغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتأخم الالتزام المدني التقصيري • وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاما مدنيا فقد شرط من الشروط التي ترجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء • فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشرا ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذي عرفناه في المسؤولية التقصيرية اذ أن الاغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيريا وأن اعتبر خطأ أدبيا يقوم على أساسه التزام طبيعي •

(١) وهذا صحيح فيما اذا كان الالتزام مصدره العقد • أما اذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاما طبيعيا ، دون أن يرجع ذلك الى الرضاء ، بل الى سبق وجود التزام مدني عاقبه مانع — يرجع الى الصنعة القانونية لا الى طبائع الاشياء — من أن يولد آثاره كالتزام مدني •

والالتزام الطبيعي بأجازة خدمة أدت أو برد اثناء على حساب الغير يتأخيم الالتزام المدني المتولد من الاثراء بلا سبب • وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاما مدنيا فقد شرط من شروط قاعدة الاثراء بلا سبب يرجع الى الصنعة القانونية • أما الشروط التي ترجع الى طبائع الاشياء — وتتلخص في أن شخصا أثرى على حساب غيره — فمتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعي •

والالتزام الطبيعي بالنفقة على الاقارب أو بتجهيز البنت أو تقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتأخيم الالتزام المدني الذي يتولد مباشرة من القانون • وقد رأينا ، عند الكلام في القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات ايجابية ترجع الى التضامن الاجتماعي ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية (١) • فإذا لم يبلغ الواجب الادبي هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل به الى مرتبة الالتزام المدني • ولكنه مع ذلك يرقى به الى مرتبة الالتزام الطبيعي ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهذا هو العنصر المادي ، واحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوي ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر الموضوعية (٢) •

فالالتزام الطبيعي اذن هو توأم الالتزام المدني ، يسير الى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدني ،

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٩٠٥ •

(٢) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية الى المنطقة ايجابية — يجاوز النهى عن الاضرار بالغير والاثراء على حساب الغير الى الامر بالتعاون والتضامن والمساعدة (انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله في المنطقة ايجابية في اثناء وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعي الالتزام المدني ، فهو طليعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبد •

وإذا كان الالتزام المدني هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعي هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة ، ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء .
فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام المدني لا يقوم خضوعا لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعي مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب - الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا » .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتي :

« الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني » (١) .

(١) تاريخ النصوص : م ٢٠١ - ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعي » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويرا جعله أدق في الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ - ص ٥٠١) .

م ٢٠٢ - وورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يصلح الالتزام الطبيعي ، إذا اعترف المدين به ، سببا لالتزام مدني » . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : « الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سببا لالتزام مدني » ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثارت عبارة « إذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافا قائما بين الفقهاء فالبعض =

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق (١) . أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢ — ٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤ — ٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤ و ٦ و ٨ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٢٨٢ — ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٢١٤ وهي تقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني المصري أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين المدني الاردني (٢) ولا مقابل لنص التقنين المصري في التقنين المدني العراقي .

= يقول ان الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديدا له ، وهذا القول مردود بان التجديد يكون في هذه الحالة قائما على غير سبب . والبعض الآخر يقول ان الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح ان يكون سببا للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الاخير ، فالمقصود من النص هو ان الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح ان يكون سببا للالتزام مدني ، لا ان يكون سببا لتحويل الالتزام الطبيعي الى التزام مدني . ويعد مناقشة استقر رأي اللجنة على حذف عبارة « اذا اعترف المدين به » دفعا للشبهات ، وعلى ان يثبت في المحضر ان مجرد الاعتراف لا يصلح ان يكون وحده سببا كافيا لتحويل الالتزام من طبيعي الى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٥) .

(١) م ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق : « انما من أعطى باختياره شيئا آخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده » . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكما جديدا في موضوع الالتزام الطبيعي ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحا مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٢ — ٢٠٣ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٠٤ — ٢٠٥ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

٣٩٩ — **المبدأ العام :** قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانقضاء عنصر المسؤولية من الالتزام • ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملاً معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه •
ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

(أولاً) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، ولا تبرعاً يجوز الرجوع فيه • وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال •
(ثانياً) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لانشاء التزام مدني • وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله الى التزام مدني •

= **تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤ :** أن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الايفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعي ، ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله الى موجب مدني • ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ الا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : ان العقود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والاساس لاحكام العقود ذات العوض • (وهذه النصوص لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التقنين المصري : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — الا أن التصوير الفني في التقنين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي الى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) وهذا التصوير هو الذي كان سائداً ، ثم عدل عنه الى التصوير الذي أخذ به التقنين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لانشاء التزام مدني • ثم ان التقنين اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لاحكام التبرعات ؛ بل يخضع لاحكام المعاوضات) •

التقنين المدني الكويتي م ٢٨٢ — ٢٨٣ : (الاولى مقارنة للمادة ٢٠١ من التقنين المدني المصري والثانية مطابقة للمادة ٢٠٢ منه) •
التقنين المدني الاردني م ٢١٤ : اذا أوفى المدين حقاً طبيعياً فقد حماية القانون صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب •

(ثالثا) لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعى بدين آخر ، لان المقاصة ضرب من الوفاء الجبرى ، فاذا أجزنا المقاصة فى الالتزام الطبيعى كان هذا اجبارا للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر •

(رابعا) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ، والا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى عن طريق تنفيذه على الكفيل (١) •

ونفصل الآن ما أجملناه :

٤٠٠ — الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى جائز : يشترط فى

الوفاء بالالتزام الطبيعى ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز اجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء • والوفاء يكون عن بينة اذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار اذا لم يشبه اكراه • فاذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدى التزاما طبيعيا ، أنه مجبر على الوفاء لان التزامه مدنى ، أو ظن أن الالتزام الطبيعى يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق • كذلك اذا أكره المدين فى الالتزام الطبيعى على الوفاء به ، جاز له الاسترداد (٢) •

(١) وقد قدمنا عند الكلام فى الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعى ليمنع عن تنفيذ التزام مدنى ، والا كان فى هذا تنفيذ جبرى للالتزام الطبيعى بطريق غير مباشر (الوسيط جزء اول فقرة ٤٩٥) • وسنرى أن هذا يصدق ايضا فى الحق للحبس الذى يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صورته (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ ، وقد تأثر هيك بالقانون الرومانى ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يجيز ايضا المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يجيز المقاصة لانها وفاء اجبارى ، ووجب أيضا لنفس السبب الا يجيز الحبس) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون اجبار ، وأن يكون حاصلًا عن بينة منه أى وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى =

ولا يكفى أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضا أن يكون المدن قاصدا ان يوفى التزاما طبيعيا (م ٢٠١ مدنى) • وقد قدمنا ، عند الكلام فى قيام الالتزام الطبيعى ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع فى وعى الجماعة الى هذه المنزلة • وهنا ، ونحن نتكلم فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، يشترط أن يقع فى وعى المدين بالذات أنه ينفذ التزاما طبيعيا • وهذا هو الذى يجمع فى الالتزام الطبيعى بين وعى الجماعة ومعياره موضوعى ،

= التزام طبيعى لا يكفل له القانون جزاء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) • وقد كان هذا هو أيضا حكم التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللى م ٢٠٨ رقم ١ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - استئناف مصر ٢٨ مايو مارس سنة ١٩٣٥ المحامة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ - دى هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ •

وكان القانون الرومانى لا يجيز استرداد مادفع وفاء لالتزام طبيعى حتى لو كان المدين أعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدنى • وفى هذا الحكم - وغيره من الاحكام كما سنرى - يبين أن القانون الرومانى كان يرتب على الالتزام الطبيعى آثارا أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث • وسار القانون الايطالى وكذلك المشروع الايطالى (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكثفيا بأن يكون الدفع تلقائيا (spontané) فيجوز الاسترداد اذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو اكراه لان الوفاء لا يكون فى هاتين الحالتين تلقائيا ، ولا يجوز الاسترداد اذا كان الوفاء نتيجة غلط لان الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ - وفى هذا المعنى الاستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٧٩) •

ولكن الرأى الراجح فى الفقه - وهو الرأى الذى سار عليه التقنين المصرى - هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعى عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه • ويبسط الاستاذان بودرى وبارد هذا الرأى فى العبارات الآتية : « وعلى ذلك لا يكفى فى عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائيا (spontanément) وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أى عن بينة من الامر » (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) •

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعى فى اثباته للقواعد العامة فى الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣٢ - ص ٣٣٣) •

وبين وعى المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه (١) •

فإذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بيعة واختيار قاصدا أن يوفي بالالتزام الطبيعي ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعا (libralité) كما سبق القول (٢) • ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات (٣) •

٢ — لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة • ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي وفاء جزئيا لم يستطع أن يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي (٤) • ويترتب على ذلك أيضا أن ما دفعه المدين وفاء لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لا يضمنه المدين (٥) •

٣ — لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي أهلية التبرع ولو كان الوفاء هبة لا شترطت هذه الأهلية •

(١) الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ •

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي انما يتأكد وجوده وقت انقضائه (أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) •

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٨م) على ذلك صراحة كما سبق القول •

(٤) هيك ٨ فقرة ٥ — ديملومب ٢٧ فقرة ٤٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢١٧ ص ١٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلاتويل وريبير وردوان ٢ فقرة ١٩٢ ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ •

(٥) هيك ٨ فقرة ٥ — ديملومب ٢٧ فقرة ٥٠ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة •

لابنته ، فان التجهيز التزام طبيعى اذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البوليصية فى هذا الوفاء باعتباره تبرعا لا معاوضة (١)

٤٠١ — الالتزام الطبيعى يصلح سببا لانشاء التزام مدنى :
وكما يجوز الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعى ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء (promesse d'exécution) مادام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار. فاذا كان المدين فى التزام طبيعى ، بدلا من أن يفى بهذا الالتزام وفاء فعليا ، وعد أن يفى به ، فان هذا الوعد يصبح ملزما له (٢) ويكون

(١) وقد أوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذه النتائج ، التى تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعى انها هو. وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتى : « فاذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لاداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج اربع : اولها امتناع المطالبة برد ما دفع « فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق او تبرعا يجوز الرجوع فيه » وانما ادى وفاء لا هو واجب دون أن تكون نية للتبرع عليه . الثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعى ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء فى تنفيذ الالتزام الطبيعى بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار اداء المدين وفاء لا تبرعا ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق احكام الدعوى البوليصية (وقد خالفنا هذا الراى فيما تضمنناه ٢ وتصرفات المريض مرض الموت » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشق امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاما طبيعيا بالنفقة عليها هى وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى اذا هو ارسل اليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهدا صريحا فى مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى اذا كان المخطوم قد تعهد بخدمة القديم بعد أن أصبح عاجزا بالعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغا معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر أيضا : استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

الالتزام في هذه الحالة التزاما مدنيا يجبر المدين على الوفاء به • فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعى بالالتزام مدنى (١) •

ويجب أيضا — كما في الوفاء الاختيارى — أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاما مدنيا (٢) ، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى في ذمته (٣) • ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعى لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذى رأيناه في الوفاء الاختيارى — كما هو هنا في الوعد بالوفاء — يجمع الى وعى الجماعة بالالتزام الطبيعى وعى المدين ذاته بهذا الالتزام • وقد قدمنا أن وعى الجماعة ضرورى في قيام الالتزام الطبيعى ، وعى المدين بالذات ضرورى في تنفيذه • ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعى مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة (٤) •

(١) تارن بلانيول وريبير وريوان ٧ فقرة ١٩٣ ص ٣٣١ •

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٨ — ١١٣

ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ — انظر أيضا في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — لكن لا يعتد بالالتزام الشخص نحو بنت زوجته اذا كان قد آواها في منزله ، ثم خرجت الى كف أحد اقاربها ، فلا يعتبر ملتزما بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١١٥ ص ٧٥) • واذا صرفت شركة لارملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعى الى التزام مدنى (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) •

(٣) ومن أجل ذلك خلقت لجنة مجلس الشيوخ قسرا « اذا اعترف

المدين به » التى كانت واردة في المشروع النهائى للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى كافيا لتحويله الى التزام مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك عند ايراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ في الهامش) •

(٤) الاسطوانة السبائيل فتم في احكام الالتزام المرق ١٥٩ ص ٢٣٠ —

ص ٢٣١ •

وعلى ذلك إذا عقد الفلاس صلحا (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءا من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنيا بوفاء الباقي من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنيا بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذاته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقا أيضا على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذاته هو الوفاء بباقي ديونه متى تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يخبر على الوفاء ويبقى الصلح قائما حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء (١) ؟ فإذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنيا أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك (٢) معلق على ما مضى من وقائع الدعوى فالحال هو انعدام مصلحته في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي (٣) .

[illegible]

(1) novation par changement de dette
مع قواعده الجديدة المعروفة بـ "أو العجيد" في فقرات ١٢٠٠-١٢٠١ من القانون
المدني، أما بتغيير غير مسمى من الدين أو بتغيير مبلغه
أو بتغيير أو صافيه أو بتغيير الدين أو بتغيير الدين

والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييرا في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — مخرلا ومبثبا وأوصافا وأطرافا — من الالتزام الطبيعي الى التزام مدني . ومن ثم اختار الفقهاء المدني الجديد الرأي الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي انشياء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سببا (cause) لانشاء التزام مدني .

فإذا وعد المحضون في التزام طبيعي دائمه بوفاء الالتزام كان هذا الوعد ملزماً للمدين (١). وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح الالتزام مدنياً توافرت فيه كل أركانه متدرجاً من حيث الأهمية من الزمان إلى الزمان.

(١) انظر في بجوان أن يكون الالتزام الطبيعي مجالا للتجديد ثم اوبرني
قوة في مقابلة ١٧٤٢ ص ٦٨، تتناول في بيان ٢٠٩٢ فقرة ١٧٤٢ ابتداء من يول الجارفة
٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — جوسران ٢ فقرة ١١٦ — والتون ١ ص
٣٦ — ص ٣٨ — وانظر ايضا في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس
سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر
سنة ١٩٣٩ ص ١٧٤٢ — ١ يناير سنة ١٩٤٢ ص ٥٤٢ ص ٥٤٢ وهو ثم
نرى أن القضاء الجبري في عهد التقنين السابق لم يكن يسير على ما سطرنا
الرأي فيه وانظر ايضا المادة ١٦ من تقنين الموجدات والعقود اللينيانى الذي
تصرح بأن تحويل الالتزام الى التزام طبيعي لا يمكن أن يشأ إلا عن
تحقيق التعاقد :-

[illegible]

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهـذا
الالتزام ، لا يعتبر تبرعا ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام
المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن
الوفاء الاختياري فيما قدمناه (١) .

٤٠٢ — لا يقامس التزام طبيعي في التزام مدني : تقتصر آثار
الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد
بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قدمناه . ففي هاتين صورتين لم يجبر
المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي ، بل أداه مختارا وهو على بينة من
أمره .

أما اجبار المدين على الوفاء فلا يجوز في الالتزام الطبيعي ، ولو
كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء
اجباريا للدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه
من الدين بما ثبت له من حق في ذمة دائنه دون أن يكون مختارا في ذلك ،
فإن المدين في التزام طبيعي إذا كان له في الوقت ذاته حق مدني في ذمة

= . دون حاجة الى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن ان يوقعوا
حجزا تحت يد المدين بمجرد ان يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن
(بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٣) . راجع ايضا
اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١٢٢ .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال
التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٢ — ومن ثم
لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما مشترط ذلك في الهبة . كذلك
لا تطلب اهلية التبرع ، ويكتفى بأهلية التصرف (بيدان ولأجارد ٨ فقرة
٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد
بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر
تبرعا إذا أثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالتزام طبيعي . أما بالنسبة
الى الدعوى البوليصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعا ، شأنه في ذلك شأن
الوفاء الاختياري .

دائنه ، فحقه هذا لا ينقضى بالمقاصة القانونية في مقابلة التزامه الطبيعي والا كان في هذا اجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعي ، وهذا لا يجوز (١) .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضى بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفا ، فلا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني (٢) . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، اذا كان الحق الذي له حقا مدنيا ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعي في ذمته لمدينه ، اذ هو في هذه الصورة انما يوفي بالتزامه الطبيعي اختيارا لا اجباريا (٣) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا صريحا في عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يقاص

(١) وقد كان القانون الروماني يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعي والتزام مدني . وهنا ايضا نرى هذا القانون يتوسع في آثار الالتزام الطبيعي ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعي ولو كان الوفاء عن غلط .

(٢) اما المقاصة القضائية — وهي وفاء اختياري — فتجوز بين التزام طبيعي والتزام مدني (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لا نرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء اجباريا ، وقد يكون أحد الدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختارا ، بالتزامه الطبيعي للآخر . ويترتب على ذلك النتيجةان الآتيتان : (أولا) اذا لم يفت أي من الدينين بالتزامه الطبيعي مختارا ، لم يجبر على ذلك ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذي تقع فيه المقاصة الا في أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما في الوضع الاول فيبقى الدينان قائمين وان كان لا يجبر أحد من الدينين على الوفاء به . (ثانيا) اذا وفي أحد الدينين للآخر بالتزامه الطبيعي مختارا ولم يرد الآخر ان يوفي هو أيضا بالتزامه الطبيعي نحو الأول ، لم يستطع الاول أن يسترد ما وفاء بدعوى أنه وفي بالتزام طبيعي سقط بالمقاصة .

التزام طبيعي في التزام مدني (١) وقد حذفت هذه الفقرة في لجنه
المراجعة لانه لا يمكن استيعابها من النص ووصي الوارد في
المقاصة (٢) •

في رعيته ولا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي كذلك لا يجوز كفالة
الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل الالتزام
مدين يضمن الدين الطبيعي المذكور (٢) ذلك أن الكفالة على هذا النحو
تفتح لغيره لا لغيره على الوفاء بالالتزام الطبيعي عن طريق غير
مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين
الأصلية ، فيكون غير كامل بالتزامه الطبيعي فقد اجتاز في النهاية عن طريق غير
مباشر على الوفاء بالتزامه ، ولهذا لا يجوز (٣) أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يلى : « اننا لانجهول ان يتصلح الترويح طيلة الى الترويح اذ من غير المقصود ان يتصلح من الضرورة الوعد القهرى . بيد ان الدائن ان يشهد بوقوع المقتضية بيان عليه المدعى وان لا ينفذ ما لم ينفذ ما افسد القضاة في هذه الصورة . يكون بمنزلة الوفاء اختيارا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢٠ ط ٤ ص ٤٨٨)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ من ٥ هامش رقم ١
 (٢) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية لا تجوز
 كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازي
 للمحالة خصوصاً بالنسبة للأعيان التي لا تقبل رهن اطلاقاً كالكفالة الشخصية
 (٣) فيقال لا تقوفاً ١٢١ من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 والبولن تلافى فقره ١٢١ من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 جيلدار وريسر الكفالة فقره ١ من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 (٤) لوطنه لا يقيم ٨ من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 الفقره ١٢١ من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 (٥) من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يتزمت بموجبها في نقطة الكفيل التزاماً شخصياً
 (٦) من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 (٧) من بواصرى وباردى وباردى ١٢٧٧ فقره ١ بهيئة التمييز وريسر
 بالقرعة كان القانونيون الرومانيون لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي
 بالتزام مدنى . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام

من جهة أما الشبهة التي تقوم في شأن كفاية ناقص الأهلية فمندفعة . ذلك
أن المادة ٨٧٧ من القانون المدني نصت على أن « من كفل التزام ناقص
الأهلية لم يكن له كفاية بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام
لذلك لم ينفذ الدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص
بتنفيذ التزام ناقص الأهلية إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه
كفاية لتبعية الدين المكفول ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من
تسليم الكفيل لعهده عليه شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية
بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه (١) .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبعياً وتكون كفايته تبعية
لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً
التزاماً طبعياً كالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفاية بشروط
أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض
فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ،
فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يتمسك

بها المدينون الأصليون (م ٧٨٢ مقرر أولي) . ويتحقق هذا الدفع
عندما لا يعلم الكفيل بنقص الأهلية ، فينقل الالتزام من الكفيل ناقص الأهلية والالتزام
بنقص الأهلية (٢) ، فينقل الالتزام من الكفيل ناقص الأهلية والالتزام
بنقص الأهلية (٣) .

في المادة ٧٨٢ مقرر أولي : « من كفل التزاماً طبعياً ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام
لذلك لم ينفذ الدين المكفول » . وهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص
بتنفيذ التزام ناقص الأهلية إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه
كفاية لتبعية الدين المكفول ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من
تسليم الكفيل لعهده عليه شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية
بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه (١) .

الكفيل التزاما طبيعيا • ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، ولكن اذا وفاه مختارا لم يجز له استرداده • فان كان الذى وفى التزامه مختارا هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معا ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تيسر لالتزام المكفول ، وان كان الذى وفى التزامه مختارا هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده • كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر (١) •

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا صريحا فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، اذ كانت تنص على أنه « لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية مادام التزاما طبيعيا » (٢) • وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة

(١) اما اذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاما مدنيا عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذى قدمناه ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدنى ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام مدنى آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعدا ضمنيا بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٩٥ وفقرة ١٩٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارب بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتىنى — ما بتى فى نطاق الواجبات الادبية • ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعال اثر من الالتزام الاصيل • ولا وجه للمقاييس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاما أصيلا لا تابعا • وصفوة القول أن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح الا اذا اعترف به والحق تفريعا على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) • ومما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) •

المراجعة » لا يمكن استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة « (١) .

٢. — الالتزام المدني

(Obligation civile)

٤٠٤ — التنفيذ جبراً على المدين : بعد أن فرغنا من الكلام في الالتزام الطبيعي ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدني ، وهذه هي الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فإننا لانقصد به إلا الالتزام المدني .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهي العقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون ، وقد تقدم بيانها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذي يميز الالتزام المدني عن الالتزام الطبيعي هو ، كما قدمنا ، أن الالتزام المدني ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ . فقرة أولى مدنى) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه ، كما سبق القول ، عنصران المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما في الالتزام الطبيعي ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعي .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ . هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعي من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعي من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى في القانون الفرنسي الذي تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعي أصيلاً في ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداءً في ذمتهم ولم ينتقل اليهم من المورث . أنظر في ذلك : بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٤٠ — وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

ولقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ،
وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ولذا فإن المقابلة
الجوهرية في هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .
فنعالج إذن - استوفاء الالتزام - هذه الموضوعات
الثلاثة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العيني .

والجواب الثاني : التنفيذ بطريق التطمين .
والجواب الثالث : القاعدة التي تضمن بأن أموال المدين تكفل تنفيذ
التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ واستاءة مملو .

الباب الأول

التنفيذ العيني

Exécution en nature — Exécution directe)

١٨١ — متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون.

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١. — يجبر المدين ، بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على

تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا » •

« ٢. — على أنه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن

يقتصر على دفع تعويض نقدي ، اذا كان ذلك لا يلحق بالبدائن ضررا

جسيميا (١) » •

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويلات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هى استثناء من القاعدة العامة فى وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافا لما يفرضه عليه التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن ، وأن يتقاضى تحميل المدين تضرعات جسما دزعا لضرر طفيف . وذكر أيضا أن إدارة القضايا فى كثير من مخالقات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتتضى بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضى الجنائى الحكم بالغرامة دون الازالة لان الازالة عقوبة ، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التى قامت من أن القاضى الجنائى قد يحكم بالغرامة دون الازالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الارهاق المذكور فى الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالارهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لان الامر متروك لتقدير القاضى . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فانه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذا به وسار عليه وفى سبيل ذلك خرج هله

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق • ولكن حكم
الفقرة الأولى كان معمولاً به دون نص ، أما حكم الفقرة الثانية
فمستحدث وهو منقول عن التقنين الألماني (١) •

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين
المدني السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ،
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود
اللبناني المادة ٢٤٩ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢٨٤ ، وفي التقنين
المدني الاردني المادة ٣٥٥ (٢) •

• نصوص التشريع : كما لمشروع لم يأت بجديد بل قطن ما سار عليه القضاء
وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ • ووافق مجلس الشيوخ
عليها كما اقترتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ -
ص ٥١٣) •

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد
ما يأتى : « الاصل ان للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عيناً وللمدين عرض القيام
بذلك ما بقى هذا التنفيذ ممكناً • ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة الا حالة
واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألماني ، فاذا لم يكن التنفيذ العيني ميسوراً
الا ببذل نفقات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء
عيناً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض » (مجموعة الاعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) •

على ان هذا النص المستحدث ليس في الواقع الا تقنياً لما جرى عليه
القضاء المصري ، كما سبق القول • ولذلك يكون له ، باعتباره نصاً مفسراً ،
اثر رجعى ، فيسرى على الحوادث التي تمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد •

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٤**
(مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) •

التقنين المدني العراقي م ٢٤٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين
المدني المصري ، فيما عدا انها لا تنص على الاعذار) •

التقنين المدني الليبي م ٢٠٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني
المصري) •

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع ان
توفى الموجبات عيناً ، ان الدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب
بالذات • (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، حتى فيما يتعلق بجواز
التعويض اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ما دام نص التقنين اللبناني
يقتضيه عبارة « على قدر المستطاع » • ويمكن تفسيرها في شيء من التوسيع ، =

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان اجراءؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه علم وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس . فإذا لم يلجأ القاضى الى طريق التهديد المالى ، أو لجأ اليه ولم ينتج ، لم يبق الا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ، ولا مناص اذن من مجاوزته والالتجاء الى طريق التعويض .

أما في الالتزام بنقل حق عيني (م ٢٠٤ مدنى) ، وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم بحكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد البيع (م ٢١٠ مدنى) ، فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضى (١) . وفي الالتزام بالامتناع عن عمل ، اذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، ولكن التعويض العيني — بزالة ما وقع مخالفا للالتزام (م ٢١٢ مدنى) — قد يكون ممكنا ، وقد يضاف اليه تعويض نقدي عن الضرر الذى حدث بفعل المدين .

فامكان التنفيذ العيني يرجع اذن الى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ (٢) .

وكثيرا ما ترجع الاستحالة الى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى اذا جاوز التنفيذ ميعادا معيناً ، كمثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكإدارة معرض لم تقدم

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا فاذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لوروده على شيء غير قابل للتعامل فيه فان طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض (نقض مدنى فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢١١ ص ١٢٩٨) .

(٢) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٤١ . وقد قضت محكمة النقض بان الاستحالة فى تنفيذ الالتزام التى تقوم على أسباب قانونية تعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ ص ١٢٣٤) .
(م ٦٢ — الوسيط ج ٢)

لأحد. العارضين مكانا للعرض التزم بتقدمه حتى انقضت أيام العرض. فإذا فات الميعاد الذي جرى فيه تنفيذ الالتزام، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكما، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض. وفي غير الحالة المتقدمة، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعادا مناسباً وينذره في الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا خبر منه على الدائن (١).

٤٠٩ — الشرط الثاني — أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم

به المدين : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني، وكان ممكنا، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرًا على التقديم بتعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني أي على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢). وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني — ويكون في هذه الحالة ممكنا بطبيعة الحال — فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه (٣).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عينا يدخل في حدود الامكان، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا ما دامت الظروف تسمح به، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير. ويهيئ التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين في مثل هذه الحالة. فيبوح له أن يحدد للمدين ميعادا مناسباً للوفاء عينا، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (انظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألماني). وليس ثمة ما يمنع من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعي خاص. أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠).

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى النص في المادتين ١/٢٠٣ و ٢١٥ من القانون المدني — وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد — أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولا يصار إلى عوضه أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني، =

به تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل مرضى به الدائن أو أباه (١) .

= فإذا لجأ الدائن الى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا — متى كان ذلك ممكنا — فلا يجوز للدائن ان يرفض هذا العرض لان التعويض ليس التزاما تخيريا او التزاما بدليا بجانب التنفيذ العيني . لما كان ذلك ، وكان المطعون ضدهم قد قصروا دعواهم على طلب التعويض ، وكان البين من الاوراق ان الطاعن عرض عليهم تنفيذ التزامه عينا بأن ابدى استعدادا لتسليم المنقولات المتنازع عليها كما طلب اثباتا لجديته ندب خبير لمطابقة المنقولات التي ابدى استعدادا لتسليمها على المنقولات المثبتة بالشكوى والموضحة بصحيفة الدعوى مما كان معه على محكمة الاستئناف ان تعمل بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المطعون ضدهم التنفيذ العيني او اصرروا على طلب التعويض ، غير ان الحكم المطعون فيه التفت عن دفاع الطاعن في هذا الخصوص ولم يعن ببحثه مع انه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الراى في الدعوى لو ثبت امكان التنفيذ العيني ، واذ قضى المحكم بالتعويض دون اعتداد بها ابداء الطاعن من استعداد لرد المنقولات عينا ودون ثبوت ضياعها او انتفاء جدية الاستعداد لتسليمها ، فانه يكون قد خالف القانون : نقض مدنى في ٢٠ يونيه سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ - ٢ رقم ٣١٨ ص ٧٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر ان من حق المستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها ان تستردها وأن تطالب بقيمتها اذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من اول الامر الحكم لها بقيمتها دون ان تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع انه كان ينبغي ان تطلب الحكم لها بتسليمها اليها عينا ، فاذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عينا اذا شاءت ، فان هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو ان يكون انذارا منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عينا (نقض مدنى ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الاصل ، ولا يصار الى عوضه أى التعويض النقدي الا اذا استحال التعويض عينا . فاذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينا — كرد الشئ المقتصب — وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هى اعملت بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو اصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فاذا استولت جهة الادارة على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية ، ففماضياها المالك مطالبا بقيمة العقار ، وأبدت الادارة أثناء سير الدعوى استعدادا ان ترد الارض المقتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الارض دون ان تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون ان تنقلى =

فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني — حتى اذا كان ممكنا — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عينا ، فانه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض • ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضا عن التنفيذ العيني (١) •

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاما تخيريا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العيني • فليس للالتزام الا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى التنفيذ العيني • ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخيري • ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ

= استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فان حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) •

(١) هذا واذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه الى طلب التنفيذ العيني اذا كان هذا التنفيذ ممكنا • وكذلك اذا طلب التنفيذ العيني ، فالمفروض أنه طلب ضمنا التعويض. اذا تبذر التنفيذ العيني ، فاذا قضى له فى هذه الحالة بالتعويض فلا يغد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩) •

وقد قضت محكمة النقض بان طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان التزام المدين ويتكافآن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما اذا تم التنفيذ العيني متأخرا ، فاذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها فان الطلب على هذه الصورة ينطوى على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعى حينما يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيبه بالضرر من أن يطلب تعويضا عن هذا الضرر • (نقض مدنى فى ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٦٤ ص ٤١٣) •

العيني ، فالتعويض اذن ليس بالتزام بدلى (١) . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي ، لا بإرادة الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معا اذا بقى التنفيذ العيني ممكنا ، أو بحكم القانون اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي الا بديلا عن التنفيذ العيني (٢) ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وانما استبدل بمحله محل آخر ياتفاق الطرفين أو بحكم القانون (٣) . أما اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بغير

(١) وقد رأينا أن العريون التزام بدلى ، أما الشرط الجزائي — وهو تعويض قدره الطرفان — فليس بالتزام بدلى ولا التزام تخييري ، شأنه في ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء اول الطبعة الثالثة فقرة ١٤٢ ص ٣٣٦ هامش رقم ١) .

ويرى الاستاذ اسماعيل غانم أن التنفيذ بمقابل أو التعويض ليس الا طريقا احتياطيا لا يضطر الدائن الى اتباعه الا اذا تعذر التنفيذ العيني . اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تنفيذ الالتزام اما أن يكون عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذه عن طريق التعويض ، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت أخـلالا بالالتزام : نقض مدني في ١٠ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٩ ص ١٥٨ .

(٣) ويترتب على ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقى لتكفل التعويض النقدي عندما يحل محل التنفيذ العيني (بويري وبارد ١ فقرة ٤٤١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ — دي باج ٣ فقرة ٩٨ — الدكتور حسن الذنون في احكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣١ — وقارن مازو في المسؤولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « ان محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضا أن يعرضه المدين على الدائن اذا اراد براءة ذمته من الدين . فما دام التنفيذ العيني ممكنا فإن التعويض لا يكون التزاما تخيريا ولا التزاما بدليا — فاذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، وأصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك ان الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل ان التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام ، فيعد ان كان تنفيذا عينيا أصبح =

خطأ المدين ، فقد انقضى الالتزام ، لأن محله أصبح مستحيلا باستحالة التنفيذ العيني ، ولأنه لا محل للتعويض النقدي لانتفاء المسؤولية .

٤١٠ - الشرط الثالث - ألا يكون في التنفيذ العيني ارهاق

للمدين ، أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا جسيما : وقد يكون التنفيذ العيني ممكنا ، ومع ذلك يعدل عنه المدين بآرادته وحده ، ويقتصر على دفع تعويض نقدي ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

(أولا) أن يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين . والارهاق ينطوي على معنى العنت الشديد ، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ، ويترك التقدير في ذلك للقاضي (١) . وشرط

= تعويضا ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (الموجز مقرة ٤٤٢ ض ٤٣٦) .

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « اذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الامكان ، فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ الى طريق التعويض الا بتراضى المتعاقدين . ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخيرى أو التزام بدلى . فهو ليس موكولا للتخير . لان رخصة العدول عن الوفاء عينا الى الوفاء بمقابل غير ثابتة لاي من المتعاقدين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فمن واجب الاول أن يعرض الوفاء عينا ، ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لان المدين لا يهلك عرض العوض النقدي ما بقى الوفاء ممكنا » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(١) وقد رأينا في تاريخ المادة ٢٠٣ (انظر آتفا مقرة ٤٠٦ في الهامش) ، في المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ ، أن « المراد بالارهاق العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضي » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان الاصل ان للدائن طلب تنفيذ التزام مدينة عينا ، وكان يرد على هذا الاصل استثناء من حق القاضي اعماله تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى أساسه =

الارهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الاذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة (١) .

(ثانيا) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني الى التعويض ضرر جسيم . فلا يكفي اذن أن يكون في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، بل يجب أيضا ألا يضارب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض . والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن . فاذا أمكن تقادى ارهاق المدين ، ولو بضرر يسير يصيب الدائن ، جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني . أما اذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه ارهاق شديد للمدين ، أو ترتب عليه هذا الارهاق ولكن العدول عنه الى التعويض يلحق بالدائن ضررا جسيما ، وجب الرجوع الى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا ، مادام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن

= الا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين فيجوز في هذه الحالة ان يقتصر على دفع تعويض نقدي متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما : نقض مدني في ٣٠ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥١ ص ٨٦٥ . (١) وفي فرنسا يذهب القضاء الى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكنا ، اذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرهقا للمدين أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ . سيريه ٢٣ — ا — ١١١ — انظر في هذا المعنى بالنيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٤٣٨) . ويمكن ارجاع ذلك الى نظرية التعسف في هذا استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ما دام ممكنا ، ولكنه يكون متعسفا في هذا الطلب ، فلا يجاب اليه ، اذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك مائدة منه تعود على الدائن (الموجز نص ٤٣٦ هامش رقم ١) . وراجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم في المرجع السابق فقرة ٧ حيث يرى أن « نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقتصر على علاج التعسف بعد وقوعه ، بتعويض الضرر الناتج عنه ، بل ان لها دورا وقائيا ، فبمقتضاها يمنع صاحب الحق من استعمال حقه ان كان هذا الاستعمال تعسفا »

الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني .
وإذا كان لابد من ارهاق المدين أو تحميل الدائن ضررا جسيما ، فالأولى
بالرعاية هو اندائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف (١) .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصدددها ما ورد في
المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، وتنص على ما يأتي : « ١ — إذا فرضت
قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع
من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه
القيود تكون حقوق ارتفاع على هذا العقار لفائدة العقارات التي
فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره .
٢ — وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا ، ومع ذلك

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التنفيذ العيني للالتزام هو الاصل
والعُدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع تعاطيها
كلها رأى في التنفيذ العيني ارهاقا وبشرط الا يلحق ذلك ضررا جسيما
بالدائن . واذن متى كانت المحكمة قد رأت ان عدم التنفيذ العيني من
شأنه ان يضر بالدائن ضررا جسيما ، فإنه لا تثريب عليها اذ هي اعملت
حقا اصيلا لهذا الدائن وقضت بالتنفيذ العيني ولا شأن لمحكمة النقض في
في التعقيب عليها في ذلك . (نقض مدني في ١٤ من ابريل سنة ١٩٥٥ .
مجموعة احكام النقض السنة ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .
كما قضت محكمة النقض بأنه لئن كان الاصل ان للدائن المطالبة
بتنفيذ التزام مدينه عينا الا انه يرد على هذا الاصل استثناء تقضى به
المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدني اساسه الا يكون هذا التنفيذ مرهقا
للمدين ، اذ يجوز في هذه الحالة ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان
ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما ، فاذا كان الحكم قد اقام قضاءه على ان
تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه ارهاقها لانه سوف
يعود عليها بالفائدة باضافته الى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية
المتفق عليها ، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي الى انتفاء الارهاق عن
المؤجرة اذ يشترط لذلك الا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حسابها
بذل نفقات باهظة لا تناسب مع ما ينجم من ضرر بالمستأجر من جراء
التخلف عن تنفيذه ، فان الحكم يكون قد حجب نفسه عن بحث مدى الارهاق
الذي يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذي يلحق بالمطعون
عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور في
التسبيب . (نقض مدني في اول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض
السنة ١٧ رقم ٢٩ ص ٢٢١) .

يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض اذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك « ،
فهنا يقضى النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني
— والتنفيذ العيني هو هدم البناء (١) — اذا رأى القاضى ما يبرر ذلك .
والقاضى يرى مبررا لذلك اذا كان الهدم يرهق المدين فى الوقت الذى
لا يلحق فيه ابقاء البناء ضررا جسيما بالدائن (٢) . وقد كان القضاء
المصرى ، فى عهد التقنين السابق ، يسير على هذه القاعدة دون نص
لاتفاقها مع قواعد العدالة (٣) .

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني اذا كان
هذا مستحيلا ، أو كن ممكنا واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا

(١) سنرى عند الكلام فى الالتزام بالامتناع عن عمل ان تنفيذ هذا
الالتزام تنفيذا عينيا بعد وقوع الاخلال به انما هو فى الحقيقة تعويض عيني
لا تنفيذ عيني . ولكن التعويض العيني ، فيما نحن بصدده من قاعدة ،
لا يختلف عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد
ما يأتى : « وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز
العدول الى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العيني ممكنا ، مقتديا فى ذلك
بالتقنين الالماني . فأباح للمدين أن يعمد الى التعويض النقدي اذا كان
يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحقق بالدائن
من جراء التخلف عن الوفاء عينا . وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب
بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له .
وقد تقدمت الإشارة الى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند
اقامة المالك بناء خلافا لما يفرضه عليه التزام أو ارتفاق بعدم البناء ، وهو
أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام أن يوازن بين
مصالح ذوى الشأن وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جساما درءا لضرر
طفيف » مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ — ص ٥١١ .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وقارب : نقض
مدنى ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء فى
مناقشات لجنة الشيوخ — انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ فى فقرة ٤٠٦ فى
الهامش — أن الحكم « مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فانه بالرغم من عدم
وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفى سبيل ذلك خرج على نصوص
التشريع ، فالمرع لم يأت بجديد ، بل قنن ما سار عليه القضاء ، (مجموعة
الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ — ص ٥١٣) .

وأنظر أيضا نصين تشريعيين قريبين لان يكونا تطبيقا لنفس المبدأ ، هما
المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتى : ١ — اذا كان من =

وكان التنفيذ العيني مرهقا للمدين ولا يلحق العدول عنه ضررا جسيما
بالدائن .

١١ - الشرط الرابع - اعذار المدين : واعذار المدين واجب
في التنفيذ العيني اذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهريا بطريق
الاجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدنى) . أما اذا كان التنفيذ العيني يتحقق
بحكم القانون ، أو قام به المدين غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة الى
الاعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الاعذار في المطالبة بالتعويض النقدي (١) . ولكنه يكون
أيضا واجبا حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني (٢) . فاذا لم يقم
الدائن باعذار المدين قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ،
حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر
الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، ولا يصح كذلك أن يطالب

= اقام المنشآت المشار اليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية ان له الحق في
اقامتها ، فلا يكون لصاحب الارض أن يطلب الازالة ، وانما يخير بين أن يدفع
قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد في ثمن الارض بسبب
هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها ٢٠ - الا أنه اذا كانت
المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الارض أن يؤدي ما هو
مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الارض من اقام المنشآت نظير تعويض
عادل ، ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتى : « اذا كان مالك الارض وهو يقيم
عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة ، جاز للمحكمة
اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الارض على أن ينزل لجاره عن ملكية
الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يستحق التعويض الا بعد اعذار
المدين ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدنى) . فاذا كان الثابت ان المشتري
لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الاجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم
بين الطرفين قد خلا من النص على الاعفاء من الاعذار وهو اجراء واجب
لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فان المشتري لا تكون على حق في
المطالبة بهذا التعويض (نقض مدنى فى ٣ من مايو سنة ١٩٦٢ - مجموعة
احكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣) .

(٢) انظر في ضرورة الاعذار في عهد التقنين المدنى السابق : استئناف
مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧
ص ٢٢٣ - وانظر في عدم ضرورة الاعذار في ذلك العهد أيضا : استئناف =

الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية • على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر اعذارا (١) ، فيجب على المدين أن يبادر الى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، والا كان مسئولا عن تأخره •

ولما كان الاعذار انما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدي ، فنرجىء الكلام في كلفيته وفي الآثار التي تقترب عليه الى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض •

= مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ ابريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٢٠ — ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسما في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح اذ اوجب الاعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت الى ما جاء بالملذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مناقضا لذلك ، فقد جاء في هذه الملذكرة ما يأتى : « لا ضرورة للاعذار اذا كان الدائن يطالب بالوفاء عينا لا بالوفاء بمقابل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) •

وانظر في ضرورة الاعذار في جميع الاحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ — على اننا سنعود الى الاعذار عند المطالبة بالتعويض من عدم التنفيذ ، فان الراى منقسم في ضرورة الاعذار في هذه الحالة •

قارن عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ١٥ حيث يرى أن اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العيني يبدو أمرا غير مفهوم فتد يتم التنفيذ العيني للالتزام بقوة القانون دون حاجة الى عمل من جانب المدين ، من ذلك مثلا أن الملكية تنتقل من البائع الى المشتري فور إبرام البيع اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات ومملوكا للبائع • ويذهبى الامحل في هذه الحالة للاعذار • واذا تم التنفيذ العيني جبرا بواسطة القضاء ، فان رفع الدعوى بالمطالبة بالتنفيذ يعد في ذاته من قبيل الاعذار • ومن ثم يبدو أن الاعذار غير لازم للمطالبة بالتنفيذ العيني •

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه ، والاصل في الاعذار ان يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م ٢١٩ مدنى) ، ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على ان تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن • (نقض مدنى فى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٦٦ — مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٣١ ص ٩٥٥) •

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

- ٤١٢ — مسألتان : نتكلم هنا في مسألتين :
- (أولاً) موضوع التنفيذ العيني (المديونية)
 - (ثانياً) وسائل التنفيذ العيني (المسئولية)

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ — تقسيم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام • وقد رأينا أن الالتزام ينقسم : بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

- (١) الالتزام بنقل ملكية أو حتى عيني آخر •
- (٢) الالتزام بعمل •
- (٣) الالتزام بالامتناع عن عمل •

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

Obligation de donner

- ٤١٤ — حالتان : يجب التمييز هنا بين حالتين :
- (الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم •
- (الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه •

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل (١) » .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢ و ١٧٥/١١٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧ ، ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣) ، ولا مقابل له في التقنين المدني الكويتي ولا في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ ((مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :
م ١٤٥/٩١ : التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد اذا كان الشيء معيناً ومملوكاً للمتعهد - م ١٤٦/٩٢ : التعهد باعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الاخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس - م ١٧٥ / ١١٨ : اذا كان الدين عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها . (واحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف عن هذه الاحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥
(مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الاردني (١) *

٤١٦ — نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها — التمييز بين المنقول والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني — سواء كان الحق العيني حق ملكية (obligation de donner) أو أى حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني الى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، اذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين *

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية الى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تختلف عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد (٢) *

= التقنين المدني العراقى م ٢٤٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) *

التقنين المدنى الليبى م ٢٠٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين والتقنين المدنى المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل للنص — ولكن انظر فى عقد البيع المواد ٣٩٣ الى ٣٩٥ — ولا خلاف فى الاحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدنى المصرى .

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى الاردنى انه لا يوجد فى الفقه الاسلامى التزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ، ذلك ان التصرف بنفسه هو الذى ينقل الملكية أو الحق العيني بوصفه حكماً من احكام التصرف . (٢) ويذهب بنكاز (Bonnetcase) الى انه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفى للوصول الى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الاثر (انظر : التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على انشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم =

ويجب في هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ - **الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول :** فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقولا وكان عينا معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فإن الالتزام ينتقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه (١) . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهنًا حيازيًا لضمان دين في ذمته ، كان ملتزمًا بملك ملكية السيارة إلى المشتري أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشتري أو بترتيب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (أ) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأي منهما ، انتقلت الملكية إلى (أ) المشتري الأول دون (ب) المشتري الثاني . فإذا سلمها إلى (أ) ، فإنه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فإن هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة

= لا بتسجيل العقد في السجل العقاري . وفي فترة الانتقال التي تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقاري يبرز أيضا هذا الفرق في الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالسجيل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع قد باع كل القطن الذي في مخزنه والناجم من زراعته المعينة في العقد وقد عينه المشتري في المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزاف لا بيع شيء معين بنوعه ومتى كان المبيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد (نقض مدني في ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٩٤ ص ٦٢٢) .

قد انتقلت أولا الى (أ) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك الى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (أ) المشتري الأول الذي انتقلت اليه الملكية دون أن يتسلم السيارة (١) .

٤١٨ - الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار : أما اذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقارا معيناً بالذات ومملوكا للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة الى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع (٢) ، وقواعد القيد

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يتفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوبا نافيا للتخيير أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الاثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على اطلاقه أى تحفظ أو قيد . فاذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه الى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (انزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لاول خلف يدلى اليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل اليه الحيازة على اثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الاول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول اليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال ان ملكية المنقول قد انتقلت أولا الى الخلف الاول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه الى الخلف الثانى من طريق الحيازة ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر فى ظل القانون المدنى القديم وقبل صدور قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ أن الملكية فى العقار تنتقل الى المشتري بمجرد التعاقد دون حاجة الى التسجيل : نقض مدنى فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٥ ص ١٥٧٨ .

بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة • على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام انما ينشأ من العقد ، والتسجيل انما ينفذ الالتزام لا ينشئه (١) •

فاذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار الى المشتري ، سواء كان ذلك بالنسبة الى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، الا بتسجيل عقد البيع • واذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة الى الغير ، الا بقيد الرهن • وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه الى وقت التسجيل • ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الامضاء ، فاذا لم يتم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فاذا سجله المشتري انتقلت اليه الملكية (أنظر م ٢١٠ مدنى) (٢) •

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق ما لا للقدر المبيع ، يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع الى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية (نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٢ ص ٢٨١) •

كما قضت بان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية الى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولهذا فان المشتري لا يجاب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ، واذ كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية الى المشتري تنفيذا عينيا ، فان للبائع أن يدفع هذه الدعوى باستحالة تنفيذ هذه الالتزامات بسبب انتقال الملكية الى مشتر ثان • (نقض مدنى فى ٥ من يونيه سنة ١٩٦٦ - مجموعة احكام النقض = م ٦٤ - الوسيط ج ٢)

أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل • ومتى
تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على
العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقا للقاعدة
العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون
القيد ضروريا في سريان الرهن في حق الغير (١) •

= السنة ٢٠ رقم ١٤٥ ص ٨٨٦) — وقضت أيضا بأن الملكية العقارية
لا تنتقل الى المشتري الا بتسجيل عقد البيع ، كما أن الاصل أن التسجيل
لا تترتب عليه اثره الا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه
إنشاء حق الملكية أو أى حق عيني آخر على عقار ونقله وان هذا الاثر
لا ينسحب الى الماضى ، ولا يحتج على ذلك بأن القانون رقم ١١٤ لسنة
١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اجاز بالمادتين ١٥ ، ١٧ منه تسجيل صحف
دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وترتب على التأشير بمنطوق
الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب اثر هذا التأشير
الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ؟ لأن تقرير هذا الامر ورد على سبيل
الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات
العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى ؟ وهذا استثناء لا يصح التوسع
فيه أو القياس عليه : نقض مدنى فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام
النقض السنة ٢٩ رقم ٣٠٣ ص ١٥٧٠ •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الامتياز المقرر بمقتضى القانون لثمن
العقار المبيع يجب أن يشهر بطريق القيد وذلك حتى يسرى فى مواجهة الغير ،
وانه وان كان يترتب على عدم شهر حق الامتياز عدم سريانه فى مواجهة الغير ،
الا ان ذمة المشتري تظل مشغولة بمقدار ما عليه من دين ويحق لبائع العقار أن
ينفذ به على أموال المشتري الاخرى استيفاء لحقه • (نقض مدنى فى ٣ من
يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٣٣ ص ٨٤٥) •

يذهب الأستاذ شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للتأمين
العينى سنة ١٩٥٢ ص ٤١ — ص ٤٣ ، الى : « أن التأمين العينى باعتباره كذلك
ليس مصدره العقد ولا أمر القاضى ، ولا يكون مصدره المباشر نص القسانون
الا فى بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقى للرهن الرسمى فهو واقعة
القيد ، وكذلك الامر بالنسبة الى حق الاختصاص والرهن الحيازى العقارى
وحقوق الامتياز العقارية الخاصة • والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة
التسليم ••• أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه
من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر اثره فى الاصل على
المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر اثره ابتداء فى حق
الغير . ولذلك فهو لا ينشأ الا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون =

على أن الحق العقاري — ملكية كان أو حقاً آخر — الذي ينتقل للدائن يكون خاضعاً للحقوق العينية العقارية الأخرى التي تكون قد

= مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير ، والأما كانت هناك فائدة في وجوده . ولذلك نقول أن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانوني للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجاً لآثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضي أو نص وارد في القانون . ونلاحظ على هذا القول ما يأتي :

(أولاً) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن كحق عيني — لا كمقد — لا يمكن أن يكون له أثر إلا في حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني من أنه « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . والدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصاً كبيراً » وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك . هذا إلى ما يقيد حق الرهن من سلطة الراهن في إيجار العين المرهونة وفي قبض أجرها مقدماً (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدني) . وكذلك الأمر في رهن الحياة ، فإن الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدني) . بل إن أثر رهن الحياة — كحق لا كمقد — بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدني على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون كقائمة أن يبذل في حفظه وصيانتهم العناية ما يبذله الشخص المعتاد » وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدله فيه . وليس هذا الالتزام إلا حلقة في سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن في استثمار الشيء المرهون وفي إدارته وفي رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (أنظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من التقنين المدني) . ولا يجوز القول أن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تقترب على الرهن كمقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدني صريحة في أن للرهن آثاراً يرقبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ « الرهن » مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد في الحالتين .

(ثانياً) وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن =

حفظت من قبل بالتسجيل أو بالقيد • فالمشتري للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع (١) • والكلام في أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر •

= يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد • ولذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى أن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل •

(ثالثا) أما القول بأن القيد وحده هو الذى ينشئ حق الرهن ، فيستتبع حتما القول بأن التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية • ومن الواضح أن نظام الشهر فى مصر - ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقارى فى هذا النظام - لا يسمح بهذا القول • فالملكية غنينا ، التى أن يدخل نظام السجل العقارى ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل فى ذاته •
(انظر فى ذلك : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس فى قسم الدكتوراه للمؤلف ص ٢٧ - ص ١٢٩) •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العينى فى هذه الحالة بالالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار فى تيسير اجراء التسجيل ولا سيما من طريق التصديق على امضاءه • وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى على التراضى فترة من الزمن ، وهذه هى علة التفريق فى هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) - انظر أيضا المذكرة الايضاحية فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ •

« ويتفرع على ما تقدم - كما تقول المذكرة الايضاحية - أن للدائن أن يتسلم الشئ المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدلى به اليه ، منقولا كان أو عقارا ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشئ مملوكا للمدين وقت انشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت اليه بعد ذلك ، والثانى ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عينى لاحد من الاغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية أو مشتر آخر آل اليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله • وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١١٨/١٧٥ من التقنين الحالى (السابق) • ولم ير المشروع محلا للتقوية به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة ، (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) •

المطلب الثاني

محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه

١٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - « إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء » .

٢ - « فإذا لم يقرر المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية ، وفي التقنين المدني الكويتي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) .

المادة ٢٨٥ (١) ، ولا مقابل له في التقنين المدني الأردني (٢) .

٤٢٠. — الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه : ويتبين من هذا النص أن الالتزام ينتقل بحق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن يحكم القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح: ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١. — الشيء غير المعين نقود : فإذا كان الشيء الذي لم يعين

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٤٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الاداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضا . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المدين . (والحكم لا يختلف في للتقنين اللبناني عنه في التقنين المصري) .

التقنين المدني الكويتي م ٢٨٥ : إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء معين بنوعه ، ولم يقم المدين باقرار شيء من النوع ذاته مملوك له ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين بعد إذن القاضي أو دون أننه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، دون اخلال في الحالتين بحقه في التعويض ان كان له مقتضى .

(٢) وجاء في المذكرة الايضاحية للتقنين المدني الأردني أن الالتزام ينتقل الملكية أو أي حق عيني آخر لا وجود له في الفقه الاسلامي ذلك أن التصرف بنفسه هو الذي ينتقل الملكية أو الحق العيني بوصفه من أحكام التصرف ، ولذلك يكتفى في هذا الصدد بما نصت عليه المادة ١٩٩ من ذلك القانون من أنه يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبطله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك ٢٠ — أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منها .

الا بنوعه نقودا ، فقد رأينا عند الكلام في محل العقد أن المدين يلتزم
بقدر عددها المذكور في العقد (١) ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هـ
النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدنى) • ورأينا أن
أن السعر الاجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض
هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئا في حكم هذه القاعدة ،
وان الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته
للنظام العام ، سواء كان ذلك في التعامل الداخلى أو في التعامل
الدولى (٢) •

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدرا معيناً من النقود ، وجب
أن يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته
من المدين الى الدائن الا عند القبض • والسبب في ذلك أن من خصائص
النقود أن أى مقدار منها لا يتعين الا بقبضه ، ولا يكفى فيه الافراز •
فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنيها هو القدر الواجب دفعه
للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار الى الدائن بمجرد الافراز ، بل تبقى
النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقدارا
آخر بدلا منه ، ولا تنتقل ملكية النقود الى الدائن الا عند قبضها •
والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائما ، طوعا أو جبـرا ،
ويكون جبـرا بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين
نقدا من الثمن •

٤٢٢ — الشيء غير المعين ليس نقودا : أما اذا كان الشيء الذى
لم يعين الا بنوعه ليس نقودا ، فان انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أى حق
عيني آخر يتعلق به الى الدائن يكون بالافراز ولو قبل التسليم •

(١) أو المقدر في الحكم في حالة التعويض عن المسؤولية التقصيرية أو
الاثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ وفى نفس المعنى • محمد
على عمران عقد البيع في القانون المدنى المصرى فقرة ٥٣ — قارن : نقض
مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ •

فلو أن شخصا باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين اردبا من القمح ، لم تنتقل الملكية الى المشتري بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فاذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بافراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشتري ، أصبح المبيع شيئا معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته الى المشتري بهذا الافراز دون حاجة في هذا الى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه الى المشتري ، ووضعه في مكان معين — شونة أو مخزن — ثم دعا المشتري لتسلمه بطريق الاعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشتري لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك اليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه (١) .

على أن المؤلف في التعامل هو أن يكون افراز الشيء عند تسليمه الى المشتري ، فيتم الافراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان ان الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الافراز لم يتم الا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

(١) بيد أن المشرع المصري — خلافا لما ذهب اليه المشرع الفرنسي — لم يربط بين تبعة الهلاك وانتقال الملكية ، بل ربط بين تبعة الهلاك والتسليم . فالالتزام بالتسليم يعتبر من الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق البائع ، شأنه في ذلك شأن التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري . فاذا أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع ، ولم يقم هذا الاخير بتسليمه ، فعليه منع بقية هلاك المبيع في الفترة ما بين الاقرار — اذا كان المبيع معيناً بالنوع — والتسليم . فكما يتم التسليم بحيازة المشتري للمبيع حيازة فعلية ، فانه يتم أيضاً متى وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري مع اعلانه بذلك ، غاية ما في الامر انه لا يكفي لنقل تبعة الهلاك الى المشتري مجرد اخطاره شفاهة أو بخطاب موصى عليه بوضع المبيع تحت تصرفه ، بل يجب على البائع اعذار المشتري لتسلم المبيع . راجع اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام الجزء الاول مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٨ فقرة ١٧١ — محمد علي عمران . المرجع السابق فقرة ١٠٥ .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقارا — كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا مترا من الأرض دون تعيين — فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين ، ويصبح المشتري مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ — كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا لم يقر المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عينا أو تعويضا .
والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضا بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضي في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضررا بليغا بالدائن ، كان له دون حكم — ويحسن أن يكون ذلك بعد اعدار المدين — أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى ، وهنا يتمكن القاضي من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسبعا فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع (١) .

(١) أنظر قريبا من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩٠ وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين بغير ترخيص =

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ • وتجرى هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التي سيأتى ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض (١) •

البحث الثانى

الالتزام بعمل

(obligation de résultat)

٤٢٤ — أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدى ينقسم

إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والالتزام ببذل عناية... (obligation de moyen). ويمكن القول أن كل التزام — عقدياً كان أو غير عقدي — يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً

= من القضاء وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدنى للدائن فى حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء أن هى الا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظا فيها مصلحته ولا يمكن مؤخذته على عدم استعمالها • (نقض مدنى فى ١١ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٩ ص ١٠١٨) •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد (١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد التنفيذ عينا الا بفرز العقود عليه • والدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال • والدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشيء • ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين العقود عليه لا قيمته • والدائن فى كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) • وانظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ •

بعناية (١) • فالالتزام بنقل حق عيني هو دائما التزام بغاية ، وكذلك هو شأن الالتزام بالامتناع عن عمل (٢) • أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صورته التزاما بعناية ، ويكون في صور أخرى التزاما بغاية • فإذا كان التزاما بغاية • فهو لا يعدو أن يكون التزاما بتسليم شيء أو التزاما بإنجاز عمل معين •

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساما ثلاثة : ١ — التزاما ببذل عناية • ٢ — التزاما بتسليم شيء • ٣ — التزاما بإنجاز عمل معين • ونستعرض كلا من هذه الأقسام •

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود • هذا ما لم ينص انقانون أو الاتفاق على غير ذلك » •

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١ •

(٢) ولا يقال ان الالتزام بعدم الاضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، فالصحيح ان هذا الالتزام ليس التزاما بالامتناع عن الاضرار بالغير ، بل هو التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، فهو التزام بعمل ، وليس التزاما بالامتناع عن عمل ، ومن ثم صح ان يكون التزاما ببذل عناية •

» ٢ — وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ
جسيم (١) « .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان
معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين
المدني السوري المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥١ ، وفي
التقنين المدني الليبي المادة ٢١٤ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة
٢٩٠ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٥٨ (٢) . ولا مقابل له في
تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣) .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة

(١) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (انظر
الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة) ص ٨٩٥ هامش رقم ٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٢
(مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٥١ (تتفق في الحكم مع المادة ٢١١ من
التقنين المدني المصري ، وان اختلفت اختلافا طفيفا في الصيغة) .
التقنين المدني الليبي م ٣١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني الكويتي م ٢٩٠ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين
المدني المصري) .
التقنين المدني الاردني م ٣٥٨ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين
المدني المصري ، وان اختلفت اختلافا طفيفا في الصيغة) .

(٣) اذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود
اللبناني ، فلسنا نرى مانعا ، والتقنين اللبناني يستقي مبادئه العامة من
نفس المصادر التي يستقي منها التقنين المصري ، من سريان هذا الحكم كمبدأ
عام من مبادئ التقنين اللبناني (انظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ : م ٥٦٨
لبناني في عقد الايجار — م ٦٩٦ في عقد الوديعة — م ٧٢٢ في الحراسة —
م ٧٤٦ — ٧٤٨ في عقد العارية — م ٧٨٥ — ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

عليه حتى التسلم (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٩ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢٨٦ (٢) . ولا مقابل له في كل من التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني والتقنين المدني الأردني (٣) .

٤٢٦ — الالتزام ببذل عناية يتعلق بشيء أو بعمل : وقد أوردت المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقاً بشيء أو متعلقاً بعمل .

فإذا كان متعلقاً بشيء ، فهو إما أن يكون : ١ — المحافظة على هذا الشيء ، كالقترام المودع عندة بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢٠

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ — ص ٥٢٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٧ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

(٣) ولكن يعمل بهذا الحكم من التقنين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة .

أما التقنين المدني الأردني فلم يورد مثل هذا النص لأنه — كما أشار في مذكرته الإيضاحية — لا يوجد في الفقه الإسلامي التزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ، ذلك أن التصرف بنفسه هو الذي ينقل الملكية أو الحق بوصفه حكماً من أحكام التصرف .

مدنى) ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ و م ٥٨٣ مدنى) (١) ويدخل فى ذلك أيضا الالتزام بالمحافظة على الشيء الذى يتضمنه الالتزام بنقل الحق العينى ، ففقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضى بأن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن التزاما بعمل فى قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم بأن يحافظ على الشيء وهذا التزام ببذل عناية، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم. مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، فهو يتضمن التزاما بتسليم المبيع الى المشتري والتزاما بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (انظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ مدنى) ٢٠ — أو يكون ادارة هذا الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالقزام المرتهن رهن حيازة بادارة العين المرهونة لاستثمارها استثمارا كاملا (م ٢١٠٤ فقرة ثانية مدنى) ، وكالقزام الوكيل فى الادارة بادارة العين الموكولة اليه ادارتها (م ٧٠١ مدنى) . وقد تكون ادارة الشيء لمصلحة الدائن كما فى الوكيل بالادارة ، أو لمصلحة المدين كما فى المستأجر عندما ينتفع

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى نص المادة ٥٨٣ من التقنين المدنى أن المستأجر يلتزم بحفظ العين ورعايتها باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، فإن قصر فى اداء التزامه ونتج عن تقصيره تلف العين أو هلاكها كان مسئولا ، ولئن اقام المشروع قرينة قانونية تفترض أن ما أصاب العين المؤجرة مرده الى خطأ المستأجر الا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، بمعنى ألا يسأل الا عما يحدث فعلا بسبب تقصيره هو أو تقصير من يسأل عنهم ، وإذا أثبت أن التلف أو الهلاك نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو عيب العين المؤجرة انتقلت مسئولية المستأجر : نقض مدنى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ رقم ٣٣٧ ص ١٧٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان التزام الوكيل فى تنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزاما بتحقيق غاية ، ألا أنه لا شيء يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية ، ومن ذلك أن يتفق الوكيل مع المأمن على ألا يستحق التعاقب أو على ألا يستحق المؤخر منها إلا اذا كسب الدعوى : نقض مدنى فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام للنقض السنة ٢٨ رقم ٩٧ ص ٥٢١ .

بالعين ، أو لمصلحتها معا كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة (١) .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقا بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النياية عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخي الحيطة في القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشفى المريض (٢) ، والمحامي عليه أن

(١) وقد قضت محكمة لنقض بأنه وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصا خاصا عن واجبات الحابس في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده ، إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهرى قىاسيا على القاعدة المقررة في رهن الحيازة بالمادة ٥٤٤ مدنى قديم لاتحاد العلة في الحالتين وهو ما صرح به القانون المدني الجديد في المادة ٢٤٧/٢ من التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقا لاحكام رهن الحيازة المقررة في المادة ١١٠٢ والتي تقضى بالزام المرتهن بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الشخص المعتاد وأنه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب اجنبى لا يد له فيه ، ويكون القانون المدني الجديد أن اورد المادة ٢٤٧ انما قنن في خصوص التزامات الحابس احكام القانون القديم ولم يستحدث جديدا . (نقض مدنى في ٨ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض السنة ٦ رقم ٢١٢ ص ٢٥٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية الطبيب لا تقوم — في الاصل — على انه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض وانما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفاؤه . ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطة ما يقدمه طبيب يقظ من اوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والاصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها اهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإذا انحرف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض (نقض مدنى في ٢٢ من مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٨٨ ص ٦٣٦) .

كما قضت محكمة النقض بأن مسؤولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذى ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التى يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق — في غير الظروف الاستثنائية — مع الاصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب =

بيذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية (١) .

٤٢٧ — العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية : ويعتبر المدين ، في جميع هذه الاحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، اذا هو — كما يقول النص — بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت ادارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . وفى العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . واذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفيف

= عن كل تقصير في سلوكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهنى وجد في نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول (نقض مدنى فى ٢٦ من يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ — رقم ١٦٦ ص ١٠٧٥) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن التزام الطبيب ليس التزام بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في سلوكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهنى وجد في نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى ايا كانت درجة جسامته : نقض مدنى فى ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٧١ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٧٩ ص ١٠٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بمسئولية المحامى عن تعويض موكله على خطئه في الدفاع عنها في قضية شرعية خطأ أدى الى رفض دعواها ولعدم حضوره عن موكلته في الاستئناف المرقوع منها عن الحكم الابتدائى رغم اتفاقه معها على حضوره . (نقض مدنى فى ٢٣/٤/١٩٥٣ . مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) .

من العناية الى الحد الذي لا يكون المدين فيه مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) .

٤٢٨ — **احالة** : وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية العقدية ، فنكتفى هنا بالاحالة اليها (٢) .

المطلب الثاني

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — اذا التزم المدين أن يتقلّ حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل »
وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن » .

« ٢ » ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، اذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة » .

« ٣ — على أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تكون على السارق (٣) » .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ — ص ٥٠٨ .
(٢) الوسيط جزء اول مقرة ٤٢٨ — مقرة ٤٢٩ ومقرة ٤٤٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة ادخلت بعض تعديلات لفظية ، واصبح رقم المادة ٢١٣ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ادخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياح المشترك = (م ٦٥ — الوسيط ج ٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢٨٧ (١) ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ الى ٤٢٨) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام . ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام ، ولا مقابل أيضاً لهذا النص في التقنين المدني الاردني .

٤٣٠ — الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلاً وقد يكون التزاماً تبعياً : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فيكون منذ البداية التزاماً بعملاً . مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة (٢) ، والالتزام المستعير برد العين المعارة ، والالتزام المودع عنده برد الشيء

= اليهما في الفقرة الثالثة « الهلاك الكلي أو الجزئي وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر » . وأصبح النص مطابقاً وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ وص ٥٢٣ — ص ٥٢٤) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :** التقنين المدني السوري م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢١٠ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الكويتي م ٢٨٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري ، وإن اختلفت الفقرة الأولى اختلافاً طفيفاً في الصيغة) .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اخلال المستأجر بالتزامه برد العين عند انتهاء الإيجار إذا هو حال بفعله دون تمكين المؤجر من الانتفاع بها دون عائق يجعله ملزماً بأن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر (نقض مدني في ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥١ ص ١٦٥٩) .

المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .
وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعا يتضمنه الالتزام بنقل
حق عيني على النحو الوارد في المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك
التزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري (١) ، والتزام الشريك بتسليم
حصته الى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني
اما الى المشتري واما الى الشركة (٢) .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا أو التزاما تبعا ، فإن
تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء الى الدائن ، وفقا لأحكام القواعد
العامة في التسليم (٣) . فاذا لم ينفذ المدين التزامه طوعا ، أجبر على
التنفيذ عينا أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ولئن كانت ملكية العقار المبسيع
لا تنتقل الى المشتري قبل تسجيل عقد البيع الا ان البائع يلتزم بتسليم
المبيع الى المشتري ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشتري ثمرة المبيع
من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . (نقض مدني في ٢٣
من يناير سنة ١٩٦٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٥ ص ١٥٠) .
كما قضت محكمة النقض بان عقد البيع غير المسجل وان كان لا يترتب
عليه نقل ملكية العقار المبيع الى المشتري الا انه يولد في ذمة البائع التزاما
بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام ان يصبح المبيع في حيازة
المشتري وله ان ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل
البقاء والقرار . (نقض مدني في ٨ من ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام
النقض السنة ٢٢ رقم ٦٩ ص ٤٤٣) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان وضع المبيع تحت تصرف المشتري
الامر الذى يتحقق به التسليم طبقا لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى، يشترط
فيه ان يكون بحيث يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به (نقض مدني
في ٢٥ من يونية سنة ١٩٥٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ٧٦
ص ٤٩٩) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المستأجر ان يرد العين
المؤجرة الى المؤجر عند انتهاء الايجار ولا يكفى للوفاء بهذا الالتزام ان ينبه
المستأجر على المؤجر بأنه سيقوم باخلاء العين المؤجرة بل يجب على =

٤٣١ — تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء اذا هلك قبل التسليم . فاذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدرًا ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا أو التزاما أصليا .

فاذا كان الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك اذ انتقلت الملكية الى الدائن تنفيذًا للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته الا التزاما مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، اذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن الا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا . وقد طبق التقنين المحدث الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧ على أنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه » انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، الا اذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع » (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ على أنه

= المستاجر أن يضع العين المؤجرة تحت تصرف المؤجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ولو لم يستولى عليها استيلاء ماديًا ، فان أبقي المستاجر في العين المؤجرة شيئًا مما كان يشغلها به واحتفظ بملكيتها فانه لا يكون قد اوفى بالتزامه برد العين المؤجرة وحق عليه أن يدفع للمؤجر تعويضًا يراعى في تقديره القيمة الاجارية للعين المؤجرة وما أصاب المؤجر من ضرر . (نقض مدني في ٢٦ من يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٣٧ ص ٢٤٦) .

(١) أما في التقنين المدني الفرنسي (م ١٢٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشتري حتى قبل التسليم « اذا ان الهلاك على المالك (res perit domino) سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلًا أو تبعيًا » وقد أصبح المشتري بالبائع مالكا « فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع » . انظر في أن الهلاك في القانون الفرنسي لا يكون على المشتري قبل التسليم الا باعتباره مالكا « فاذا تراخى نقل الملكية الى ما بعد التسليم فان الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودري وبارد ١٢ مقرة ٤٢٣ — مقرة ٤٢٤ .

وقد قضت محكمة النقض بان الهلاك المنصوص عليه في المادة ٤٣٧ =

» اذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر فان أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة اذا هلك (١) .»

أما اذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر (٢) . وذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم وهو الذى

= من القانون المدنى هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية، ولا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان المبيعة بعد البيع هلاكا لها تجرى عليه احكام الهلاك فى البيع (نقض مدنى فى ١٦ من فبراير سنة ١٩٧١ — مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٢ ص ١٨٨) .

(١) وكان التقنين المدنى السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، اذا كانت عينا معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ٤٢٤/١٦ هـ من هذا التقنين تنص على أنه « اذا كانت حصة الشريك فى رأس المال حق ملكية فى عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق فى ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه » . وكان هذا الحكم فى التقنين المدنى السابق مخالفا لمبدئه العام الذى كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا فى البيع . وقد ازال التقنين المدنى الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائما ما دام الالتزام بالتسليم التزاما تبعا يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى فى ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نصوص المواد ٥٦٤ ، ٥٦٦ هـ و ١/٤٣٥ من القانون المدنى أن تسليم العين المؤجرة يحصل بوضعها تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ، ولو لم يضع يده عليها بالفعل ما دام المؤجر قد أعلمه بذلك ، بمعنى أنه ليس يكفى مجرد تخلى المؤجر عن العين المؤجرة والترخيص للمستأجر بالانتفاع بها اذا وجد عائق يحول دونه ولا يتم التسليم بغير ازالته ، يستوى أن يكون العائق وليد تعرض مادي أو نتيجة تعرض قانوني ناشئا عن فعل المؤجر أو أحد اتباعه ام راجعا الى فعل الغير ايا كان ، طالما حصل قبل حصول التسليم : نقض مدنى فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٤٩ ص ٢٢٦ .

يتحمل الغرم • ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك الى المدين بالتسليم في الالتزام التبعي الا اعتبار أن الالتزام التبعي بالتسليم مكمل للالتزام ينقل الملكية كما قدمنا • أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا الى الأصل ، فكان الهلاك على المالك • وقد أورد التقنين المدني تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد في عقود الايجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة • فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه « اذا هلك العین المؤجرة أثناء الايجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه » • فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر (١) • ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن « المستأجر مسئول عن حريق العین المؤجرة الا اذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يمد له فيه » • وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق (٢) ، فأذا نشأ الحريق بسبب أجنبي — وعبء الاثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أى على المؤجر • ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتى : « على المستأجر أن يرد العین المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، الا ما يكون قد أصاب العین من

(١) كذلك اذا هلك العین المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعین فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ مدنى) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان نص المادة ٥٨٤/٢ من القانون المدني صريح فى انه يتناول مسئولية المستأجر عن حريق العین المؤجرة تجاه المؤجر فقد بينت الفقرة الاولى من المادة المذكورة ان الأصل فى هذه المسئولية انها تقع على عاتق المستأجر تجاه المؤجر المتعاقد معه والفقرة الثانية تفصيل لهذا الأصل فتقضى بمسئولية المستأجرين المتعديدين تجاه المؤجر وتوضح ان كلا من هؤلاء المستأجرين يكون مسئولاً تجاه المؤجر ولا تقع على عاتق المؤجر تجاه المستأجر فلا يكون المؤجر مسئولاً قبل المستأجر بمقتضى هذه المادة عن الضرر الذى يصيب الآخر بسبب احتراق امتعته الموجودة بالعین المؤجرة وانما تكون مسئوليته تقصيرية اذا توافرت اركانها (نقض مدنى فى ٢٦ من اكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٣٦ ص ١٥٦٠) •

هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه » • وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته في حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي في هذه الحالة لا يكون عليه يل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد • ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون في كل حال « ضامنا لهلاك الشيء اذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قسوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه » • وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي في الأصل على المالك وهو المعير ، طبقا للمبدأ العام الذي قدمناه • وانما اختار المشرع فرضين ، فيهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع انقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك في هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل • وفي الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضي بذلك المادة ٧٢٢ ، الا أنه اذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقا للمبدأ العام • وفي رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن « يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطأه أو ناشئا عن قوة قاهرة » ، ونصت المادة ١١٠٣ على أنه « اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » • فهلاك العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد ، لا على المرتهن وهو المدين بالرد •

٤٣٢ — أثر الاعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام اذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك اذا كان التزاما مستقلا • غشير

أن الاعذار ينقل تبعه الهلاك من طرف الى الطرف الآخر في كلتا الحالتين •

فاذا كانت تبعه الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشتري طالبا اليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الاعذار وقبل التسليم ، فان تبعه الهلاك تنتقل من المدين الى الدائن ، أى من البائع الى المشتري • وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، اذ تنص على أنه : « اذا تم اعذار الدائن ، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه ... » وفي هذه الحالة — حالة انتقال تبعه الهلاك من المدين الى الدائن — يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك ، كما لو كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض (١) •

واذا كانت تبعه الهلاك على المالك ، كما في عقد الايجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا اليه تسليم العين ، وهلك العين بعد الاعذار وقبل التسليم ، فان تبعه الهلاك تنتقل من المؤجر الى المستأجر • والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالبا اياه بالرد ، ثم هلك العين المؤجرة بعد الاعذار ، فترتب على الاعذار أن انتقلت تبعه الهلاك الى المدين ولو أن الهلاك

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ — وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصا (م ٢٨٣ من المشروع) يقضى بهذا الحكم على الوجه الآتي : « في الالتزام بنقل حق عيني ، اذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزام المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لان الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) •

كان قبل الاعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالف الذكر . .
« ذلك أن الاعذار — وهذا ما تقوله المذكرة الايضاحية للمشروع
التمهيدى (١) — يلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت
عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث
الفجائى راجعا الى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه
الحالة يكون متسببا فى الهلاك بفعله . أما اذا أثبت المدين أن الشيء
كان يهلك فى يد الدائن أيضا لو أنه سلم اليه ، (فانه) بهذا يقيم
الدليل على أن الهلاك لا يرجع الى تخلفه ، بل يرجع حقيقة الى حادث
فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل
هذه التبعة كاملة اذا كان الشيء مسروقا متى كان هو السارق ، ذلك
أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقامة
الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة الى حادث فجائى » .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الايضاحية تشير الى فرض استثنائى،
هو أن يكون المدين برد الشيء لصا سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد
بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لا تكون على الدائن —
مالك الشيء المسروق — كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون
على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه
الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضا على
القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين اذا
أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم اليه .
فالسارق ، اذا هلك المسروق عنده قبل رده الى مالكه ، يتحمل تبعة
هلاكه دائما ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن
المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد اليه (٢) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٥٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الاعمال

التحضيرية ٢ من ٥٠٧ .

المطلب الثالث

الالتزام بانجاز عمل معين

٤٣٣. — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« في الالتزام بعمل ، اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

« ١ — في الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا » .

« ٢ — ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

« في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم =

وتتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٩/٢٢٢ والفقرة الثانية من المادة ١٧٧/١٧٤^(١) . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ — ٢١١ ، وفي التقنين المدني

= مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٥ — ٥٢٦) .

م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى بزيادة عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » في الفقرة الاولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الاولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٧) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ — ويكون الامر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزما أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف » : وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظى طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكما تطبيقيا لا حاجة الى افراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) .

(١) وقد كانت المادة ١٥٩/٢٢٢ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز الوفاء الا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفا لتعهدده مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » .

العراقي المادتين ٢٤٩ — ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ — ٢١٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٢٨٨ — ٢٨٩ ، وفي التقنين المدني الاردني المادتين ٣٥٦ — ٣٥٧ (١) .

٤٣٤ — انواع ثلاثة للالتزام بإنجاز عمل معين : ونرى من النصوص المتقدمة أن الالتزام بإنجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، أنواع ثلاثة : ١ — أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ ٠ ٢ — أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ، ناحية تعذر تنفيذ الالتزام،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٩ — ٢١١ (مطابقة للمواد ٢٠٧ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) — م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) .
ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .
التقنين المدني الليبي م ٢١١ — ٢١٣ (مطابقة للمواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ — ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضا . ٢ — ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المدين . وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

التقنين المدني الكويتي م ٢٨٨ و م ٢٨٩ (مطابقتين للمادتين ٢٠٩ — ٢١٠) . ولا مقابل للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق طبقا للقواعد العامة .

التقنين المدني الاردني م ٣٥٦ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) . م ٣٥٧ بفقرتيها (مطابقة للمادتين ٢٠٩ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصيغة) .

وتنص عليه المادة ٢٠٨ ٠ ٣ — أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٤٢٠ ٠

٤٣٥ — الالتزام بانجاز عمل معين ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين : والأمثلة على ذلك كثيرة ٠ بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا ، فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عينا دون تدخله الشخصى ٠ وإذا تعهد صانع بصنع شىء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ٠ أمكن كذلك التنفيذ عينا دون تدخل المدين الشخصى ٠ وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عينا دون تدخله ، وهكذا ٠

والبت فيما إذا كان التنفيذ العينى للالتزام ممكنا دون تدخل المدين الشخصى موكولا الى الدائن ، فهو الذى يرى ما إذا كان يكتفى بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله ٠ وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٠٩ فى فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا » ٠ فحذفت عبارة « ولم يكن ضروريا أن ينفذه بنفسه » ٠ « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا (١) » ٠

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العينى كافيا حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ،

(١) وقد سبقت الإشارة الى ذلك فى تاريخ نص المادة ٢٠٩ (انظر آنفا
فقرة ٤٢٣ فى الهامش) ٠

استطاع الدائن أن يلجأ الى القضاء ليطلب ترخيصا في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين • ويكون الالتجاء الى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين ، فاذا قرر القاضي أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين • فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم باجراء اصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال اذا وجد مقتض لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الاصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر • وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر — وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين — فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول • وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذا عينيا دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكما بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين •

فاذا كان التنفيذ العيني لا يحتمل الابطاء الى أن يستصدر الحكم كما هي الحال في بعض صور الاصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكما أن يعهد الى مقاول يقوم به — هذه الاصلاحات العاجلة — ويحسن أن يكون ذلك بعد اذار المؤجر — ثم يرجع بنفقة هذه الاصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضي رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في اجراء هذه الاصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو ان فيها اسرافا فيقضى بخفضها الى الحد المعقول (١) •

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى ايسر الطرق وكلفة وانفقت في تنفيذ التزام المدين • بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام الى أن =

وكل ما قدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

٤٣٦ — الالتزام بانجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين : وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي في هذا التنفيذ ، ويرجع ذلك اما

= ينقضي . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة اذا كان المعقود عليه يقتضي خبرة فنية توافرت عند الدائن دون المدين ، كمقود التأمين التي تبرم بين شركات التأمين ، وهي شركات فنية ، وعملاتها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفي أن يمتنع الدائن في مثل هذه الاحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبيصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلاً أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كان تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو باحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدني) . وإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان اذا اثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٠) فقرة ٣ مدني) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له (م ٦٥٠ فقرة أولى مدني) . وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، اذا توافرت فيهم الاهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدني) . وإذا تعاقد المؤلف مع الناشر وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الاصول في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون ابطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فاذا نص في العقد مثلاً على أن يكون للعامل فوق الاجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الأيراد أو من مقدار الانتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفّر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذور الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن ياذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدني) : (انظر في مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفي رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ — فقرة ٣٠) .

الى الاتفاق قيشرتط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه،
واما الى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته
أن يكون تنفيذه العينى على يد المدين شخصيا . مثل هذه الالتزامات
الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل فى حفلة فتتفـيـذ
الترامة يقتضى أن يعنى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم
لوحة فنية ، أو نحّات بصنع تمثال ، أو جراح معروف بإجراء عملية
جراحية .

فإذا كان التنفيذ العينى للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى
على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه،
كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فإذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه
بتنفيذ الترامة ، كان للدائن أخذ طريقتين : (أولهما) أن يلجأ الى
طريق التهديد المالى (astreintes) ، وستبسط أحكام هذا الطريق
تفصيلا فيما يلى . (والثانى) أن يطالب المدين بالتعويض النقدي
لتعذر التنفيذ العينى . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه
بينهما ، فيطالب الدائن بتنفيذه طبقا لأحكام الشرط الجزائى الذى
ستبسطها فى مكان آخر (١) .

٤٣٧ — الالتزام بانجاز عمل معين يقوم حكم القاضى مقام
تنفيذه : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته
أن يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه العينى . . وقد نصت المادة ٢٦٠

(١) وفى هذا تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : « اذا كان
الالتزام الواجب تنفيذه التزاما بعمل ، فينبغى التفريق بين حالة ضرورة قيام
المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . وفى الحالة الاولى يتعين
على المدين أن يتولى اداء ما التزم به شخصيا كما اذا كان ممثلا أو مغنيا
أو مصورا ، فان امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو
التعويض النقدي عند عدم اشتراط جزاء ، (مجموعة الاعمال التحضيرية
٢ من ٥٢٧) .

على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضى فيه هو التنفيذ العينى • وأكثر الأمثلة شيوعاً فى ذلك هو التزام البائع بالتصديق على امضائه فى عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد • فان امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشتري أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الامضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع (١) • واذا وقع نزاع فى صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الامضاء فيسجل •

كذلك فى الوعد بالتعاقد ، اذا أظهر الموعد له رغبته فى أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من امضاء العقد ، كان للموعد له أن يستصدر حكماً بإثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعد بإبرامه (٢) •

وكذلك فى التزام الدائن المرتن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، اذا امتنع الدائن من التقدم الى قلم كتاب المحكمة لأجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العينى ويشطب بمقتضاه الرهن •

واذا أفرغ الوعد بأجراء رهن رسمى فى الشكل الرسمى الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده بأجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العينى ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن • وهذا بخلاف ما اذا كان الوعد بأجراء الرهن الرسمى لم يفرغ فى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التوقيع هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف على توقيع البائع أمامه على عقد البيع • (نقض مدنى فى ٢١ من ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض لسنة ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢) •

(٢) الوسيط جزء اول فقرة ١٢٩ •

(م ٦٦ فى الوسيط ج ٢)

الشكل الرسمي الواجب ، فإن تنفيذه في هذه الحالة لا يكون الا عن طريق التعويض (١) .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام . ولما أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين » (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ — وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به ، فإذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على امضائه فى عقد البيع ، فلم ييسر التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكما بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله . وكذلك اذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعدده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعادا للتنفيذ ، فإذا لم يقم بالوفاء فى خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه ، ففى كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العينى ويعنى عنه (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠) . انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وعد شخص بضمان المقرض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكما ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضا بأنه اذا امتنع البائع عن امضاء عقد البيع النهائى ، فألحکم يقوم مقام العقد النهائى ويسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) — وانظر أيضا : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ (١) • ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والقديم •

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٢٩١ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٥٩ (٢) •

= جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام • وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص • وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة • وفي حالة الاستعجال ••• ، لأن هذا الحكم قد يوقع في اضطراب إحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشرع النهائي • ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٤ - ص ٥٢٦) •

(١) وكانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدني السابق - كما رأينا - تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فيجوز للدائن أن يتحصل على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفا لتعهدده مع الزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الاحوال » •

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) •

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ما وقع مخالفا للالتزام مع التعويض إذا كان له محل • (ولم يرد في نص التقنين العراقي أن يطلب الدائن من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة للتقنين العراقي ما يمنع من هذا الطلب) •

التقنين المدني الاردني م ٣٥٩ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) •

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى خلافا لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المدين • (ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني والمصري) •

التقنين المدني الكويتي م ٢٩١ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) •

التقنين المدني الاردني م ٣٥٩ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) • مع اختلاف طفيف في الصيغة •

٤٣٩ — أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة • فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاما بعدم المنافسة التزاما بالامتناع عن عمل • وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضا التزام بالامتناع عن عمل ، ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالا غير منتمين لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل • والممثل أو المعنى إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغنى في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل • كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشتري أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل • وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد •

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون • فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضررا فاحشا ، فهذا التزام قانوني بالامتناع عن عمل • والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم افشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون • والالتزام بعدم الاثراء على حساب الغير التزام قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الاخلال به مسئولية الاثراء بلا سبب •

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالتزام بنقل حق عيني ، هو التزام بتحقيق غاية • ومن ثم يكون الالتزام بعدم الاضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل غاية ، ليس التزاما بالامتناع عن عمل ، اذ هو في حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير فهو التزام بعمل (١) •

٤٤٠ — الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : وما دام المدين ممتنعا عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه

(١) انظر آتفا فقرة ٢٤ في الهامش •

تنفيذا عينيا ، ويتغير الموقف اذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل
الممنوع • عند ذلك لا يكون هناك مجال الا للتعويض • أما التنفيذ
العيني نفسه فقد أصبح مستحيلا بمجرد الاخلال بالالتزام (١) •

وقد لا يمكن الا التعويض النقدي • مثل ذلك اذا أفشى المحامي
أو الطبيب سر المهنة ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن الا أن
يطلب بتعويض نقدي •

وقد يكون التعويض عينيا لا نقديا ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة
التي وقعت اخلايا بالالتزام • والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض
العيني أن الأول يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك
تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به ، والثاني يكون بعد
وقوع الاخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني •
مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضررا فاحشا بإقامة حائط يسد عليه
منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز للدائن أن يطلب التعويض العيني
بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن
يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين (٢) • وهذا ما تنص
عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها • ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له،
حتى في حالة الاستعجال ، أن يقوم بإزالة دون استصدار حكم على
أن يرجع الى القضاء بعد ذلك ، خلافا لما رأيناه في الالتزام بنقل
حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق • ذلك أن إزالة
ما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ،

(١) هذا اذا كان العمل الممنوع عملا واحدا لا يتكرر • أما اذا كان
عملا يتكرر ، فللقاضي أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار
الاخلال بالالتزام ، اذا كان هذا ممكنا • وفي هذه الحالة يكون المنع تنفيذا
عينيا للالتزام عن المستقبل (ديموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) •

(٢) وليس من الضروري أن يجيب القاضي الدائن الى طلبه ، بل
للقاضى سلطة التقدير ، فقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض
نقدي (أنظر في هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) •

فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضي ألا يستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقا دقيقا . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفا للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع الى القضاء بعد ازالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر (١) .

وكثيرا ما يكون هذا التعويض العينى غير كاف لتعويض الضرر تعويضا كاملا ، فيضاف اليه تعويض نقدى . ففى مثل انحائط الذى أقامه الجار اضرارا بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الازالة وحدها قد لا تكفى اذ يخلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الانحائط المدة التى كان فيها قائما ، وهذا الضرر لا علاج له الا التعويض النقدي ، فيتمكّن القاضى بازالة الانحائط ويتعويض نقدي عما حدث من الضرر للجار اذا كان هناك مقتضى لذلك .

ويلاحظ أخيرا أن التعويض العينى ، حتى اذا كان ممكنا ، قد يكون مرهقا للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق الدائن . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، فللمحكمة فى هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بازالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) وقد سبق تفصيل ذلك (٢) .

(١) انظر آتفا ، فى تاريخ نص المادة ٢١٢ ، مقرة ٣٨ فى الهامش .
(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد اخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزما بأداء تعويض نقدى . وقد يكون الوفاء العينى (اقرأ التعويض العينى) ممكنا من طريق ازالة ما استحدثت اخلالا بالالتزام ، وفى هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر ادنا من القضاء »

ويصح أيضا الالتجاء الى طريق التهديد المالى اذا تكرر الاخلال بالالتزام ، أو كان هذا الاخلال مستمرا ، وذلك الى أن يزيله المدين بنفسه .

الفرع الثانى

وسائل التنفيذ العينى

٤٤١ — كيف يكون التنفيذ العينى : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العينى قد يكون اختيارا يقوم به المدين طوعا ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبسط أحكامه عند الكلام فى انقضاء الالتزام فى الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العينى جبرا على المدين . وهنا تختلف وسائله :

١ — فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهرى ، فتقوم السلطة العامة باجبار المدين على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الاجبار ، وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فإذا كان لدى المدين سند تنفيذى بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعا ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين باجبار المدين على التنفيذ قهرا (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم

= بأن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ، وأخيرا تحسن الإشارة الى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العينى والتعويض النقدى عند أول اخلال يقع من المدين . والثانى جواز العدول عن التنفيذ (التعويض) العينى ولو كان ممكنا والاكتفاء بالتعويض النقدى وفقا لاحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ معنى) اذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح « (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥) . انظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

الأرض التي التزم بتسليمها للدائن • والغالب أن يكون التنفيذ القهرى عن طريق الحجز على أموال المدين (١) •

٢ — وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصى غير ضرورى فى هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك الى القضاء على النحو الذى فصلناه فيما تقدم •

٣ — وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى اذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا فى الالتزام بالتصديق على الامضاء ونحوه مما سبق بيانه •

٤ — وقد يتكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى فتنقل ملكية العين المعينة الى الدائن بحكم القانون فى الالتزام ينقل الملكية ، كما رأينا فيما مر •
وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العينى لم يسبق لنا تفصيلهما ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تنفيذ الاحكام الجائز تنفيذها مؤقتا يكون على مسئولية طالب التنفيذ وحده ، اذ يعد اجراء التنفيذ مجرد رخصة المحكوم له ان شاء انتفع بها وان شاء تربص حتى يحوز الحكم قوة الشئ المحكوم فيه ، فاذا لم يترث المحكوم له واقدم على تنفيذ الحكم وهو يعلم انه معرض للالغاء عند الطعن فيه فانه يكون قد قام بالتنفيذ على مسئوليته بغير تبصر فيتحمل مخاطره اذا ما ألغى الحكم ، ويصبح التنفيذ بغير سند من القانون بما يلزم طالب التنفيذ باعادة الحال الى ما كانت عليه وتعويض الضرر الذى قد ينشأ عن التنفيذ • (نقض مدنى فى ٢٣ من مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٦١ ص ١٠٨٤) •

كما قضت محكمة النقض بأن المحضر الذى يياشر التنفيذ او غيره ممن اجاز القانون ان يجرى التنفيذ الجبرى بواسطتهم ، انما يقومون بذلك التنفيذ بناء على توجيه من الخصوم لهذه الاجراءات ، فاذا ما عين الخصوم اجراءات التنفيذ التى يطلبون اتخاذها ، اعتبر المحضر او من يياشر اجراء التنفيذ الجبرى ممن اجاز لهم القانون ذلك ، وكلاء عن طالب التنفيذ الذى يسأل مسئولية مباشرة عن توجيه هذه الاجراءات فيما لو ترتب على ذلك الاضرار بالغير • • (نقض مدنى فى ١٤ من ابريل سنة ١٩٧٠ — مجموعة احكام النقض — السنة ٢ رقم ٩٨ ص ٦١١) •

فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولا) الاكراه البدنى (ثانيا)
التهديد المالى .

المبحث الأول

الاكراه البدنى

(Contrainte par corps)

٤٤٢ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى وتطوره — القانون
الرومانى والقانون الفرنسى : كان المدين فى العصور القديمة يلتزم
بالمدين فى جسمه لا فى ماله . فكان القانون الرومانى القديم يبيح لدائن
أن يملك المدين الذى لا يفى بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور
القانون الرومانى ، فلم يصبح لدائن الا حق حبس المدين واجباره على
العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم الى المال ، فلم يصبح
لدائن الا حق التنفيذ على اموال المدين .

على أن حبس المدين فى الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليه
واجباره على الوفاء بدينه اذا كان قادرا على ذلك ، بقى مدة طويلة ،
وانتقل الى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ الى
٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الاكراه البدنى ، وفى أى
الديون يكون ذلك (١) . ونصت المواد ١٢٦٥ الى ١٢٧٠ من التقنين
المدنى الفرنسى على طريقة يتفادى بها المدين الاكراه البدنى ، وهى

(١) كان الحبس يجوز فى بعض الديون المدنية التى تتسم بطابع
الغش ، وفى جميع الديون التجارية اذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات
(قانون ١٥ جرمينال السنة السادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سنة
١٨٣٢) ، وفى المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الاكراه البدنى
هو للاضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى من
ماله ، او على كل حال حتى يعاونه اهله على الوفاء بدينه .

النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين الا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق •

وبقى الأمر على هذه الحال في القانون الفرنسى حتى ألغى التنفيذ بطريق الاكراه البدنى في المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق الا في المواد الجنائية (١) •

٤٤٣ — التنفيذ عن طريق الاكراه البدنى في القانون المصرى :

أما في القانون المصرى فالاكراه البدنى ، سواء في التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز • ذلك أن فكرة الاكراه البدنى — حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء — تخالف المبادئ المدنية الحديثة • فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة • فحبس المدين في الدين رجوع بفكرة الالتزام الى عهدا الأول ، حيث كان المدين يلتزم في شخصه ، وحيث كان القانون القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض في الجزاء الواحد (٢) •

على أن الاكراه البدنى في القانون المصرى — ولو أنه غير جائز

(١) وذلك في الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التى قضت بالتعويض هى محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بادانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٣٠٧) •

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ — اما في الفقه الاسلامى — في المذهب الحنفى — يرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لان في البيع الجبرى اهدارا لأدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التفرير . ويرى صاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو المفتى به المفتى به في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبنانى الدكتور صبحى الحمصانى في آثار الالتزام في القانون اللبنانى ص ٥٣ — ص ٥٤ •

في المواد المدنية والمواد التجارية — جائز في بعض المواد الشرعية
وفي المواد الجنائية •

٤٤٤ — الاكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع
والمسكن : نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه
« اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في
أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية
التي بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر
على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ولا يجوز
أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما • اما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم
به أو أحضر كفيلا ، فانه يخلى سبيله • وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم
بالطريق الاعتيادية » •

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز
بالشروط الآتية :

١ — أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادرا في نفقة أو في أجرة
حضانة أو رضاع أو مسكن •

٢ — أن يكون المحكوم عليه قادرا على القيام بما حكم به ،
وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل • ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس
ليس الا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وانما
يتمتع عن الوفاء تعنتا ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من
جانب المدين •

٣ — أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية
التي بدائرتها محل التنفيذ •

٤ — ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما ، يخلى سبيله بعد
انتهائها ، أو قبل انتهائها اذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم
به أو أحضر كفيلا (١) •

(١) اسماعيل غانم • المرجع السابق فقرة ١٣ •

ويلاحظ أن حبس المدين في هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله • فالحبس اذن ليس الا اكراها بدنيا غير مبريء للذمة •

٤٤٥ - الاكراه البدنى فى المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من تقنين الاجراءات الجنائية على أنه « يجوز الاكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الاكراه بالحبس البسيط » •

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هي : ١ - الغرامة ٢ - المصاريف والرد والتعويضات للحكومة • ولا بد أن تكون هذه المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التى أصدرت الحكم الجنائى لجنة إدارية لها اختصاص قضائى • فاذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدنى من محكمة مدنية دون حكم جنائى بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفو أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضى المدة (م ٥٣٤ اجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ فى هذه الحالات ناشئة عن الجريمة ولا يجوز فيها الاكراه البدنى • كذلك لا يحكم بالاكراه البدنى على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته بوقف التنفيذ (م ٥١٢ اجراءات جنائية) • أما التعويضات الواجبة لمدعى مدنى غير الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجناح التى بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، اذا ثبت للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم •

والاكراه البدنى فى الغرامة ببراءة ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم ، فالاكراه البدنى هنا هو احلال عقوبة الحبس محل عقوبة

الغرامة • أما الاكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فإنه لا يبرىء ذمة المدين ، إنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء • ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الاكراه البدنى •

والحبس فى الاكراه البدنى مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الاجراءات الجنائية • ويجوز ابدال الحبس بعمل يدوى أو صناعى (م ٥٢٠ اجراءات جنائية) ، فيستتزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم (م ٥٢٣ اجراءات جنائية) • ونرى من ذلك أن الحبس اذا كان لا يبرىء الذمة فى المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه اذا استبدل به عمل يدوى أو صناعى كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم (١) •

المبحث الثانى التهديد المالى *

(Les astreintes)

٤٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) انظر فى الاكراه البدنى فى المواد الجنائية الاستاذ على زكى العربى فى المبادئ الاساسية للاجراءات الجنائية جزء ٢ فقرة ٩٣٨ — فقرة ٩٧٤ •

* مراجع : ماسان (Massin) فى التنفيذ الجبرى للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — كرواسان (Croissant) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ — تيرلان (Turlan) فى التهديد المالى رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ — جليز (Gleizes) فى التهديد المالى رسالة من موبيليه سنة ١٩٣٥ — كينيو (Cunéo) فى التهديد المالى رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ — كايزر (Kayser) يقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها •

« ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك » .
« ٢ - واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتى :

« اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ : حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعى في ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت انذى بدا من المدين » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص في النسختين ٢١٠ و ٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقمى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى . ووافق عليهما مجلس النواب . وفى لجنة الشيوخ أدمجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفسرت عبارة « غير ملائم » بالمثل الذى التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أخل بالتزامه ، فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : رود هذا النص فى المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدي اشتمل على لفظ « نهائيا » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واستعمل لفظ « التعنت » بدلا من لفظ « العنت » . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدي بعد حذف لفظ « نهائيا » . وقد سأل أحد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ اذا كان صادرا من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الاصلى مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون قابلا للتنفيذ الا بعد أن يحدد القاضى نهائيا قيمة التعويض وأن فائدة الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة الى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذى يبدو من المدين ، هذا الى أنه اذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافيا ليحدد القاضى نهائيا مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ « العنت » بلفظ « التعنت » ، وأصبح رقم =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسطة في التقنين المدني الجديد كان معمولا بها قضاء في عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد الا تقنيناً لأحكام هذا القضاء (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤ - ٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣ - ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢١٦ - ٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥١ ، وفي

= المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ - ص ٥٤١) .

(١) وكان القضاء المصرى في عهد التقنين السابق - كالقضاء الفرنسى حتى الآن - يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، في سبيل التماس سند تشريعى لم يكن موجودا . فتنن التقنين المدني الجديد هذا القضاء في النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى في التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « من المعلوم أن القضاء المصرى كثيرا ما عانى في سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية وازاء ذلك عمد المشروع الى اقرار هذا النظام اقرارا تشريعيا ، فاختصه بمواد ثلاث ، ليست في حقيقتها الا تقنيناً لما انتهى اليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية الى حمل المدين على الوفاء عينا بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصيا ، فاذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضى عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضى في تقدير التعويض النهائى بما يكون من أمر ممانعة المدين في التنفيذ تعنتا وعنادا من غير مقتض ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الايضاحية أيضا في موضع آخر : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية » في وضعه الراهن « أنه لا يستند الى نص من نصوص التشريع » بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع الى تدارك هذا العيب « فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سندا تشريعيا يركن اليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست الا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

التقنين المدني الكويتي المادة ٢٩٢ (١) • ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني الاردني •

ونتكلم في مسألتين : (أولا) شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني (ثانيا) أثر الحكم بالتهديد المالي •

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤ — ٢١٥ (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية أن رأى داعيا لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون الى أن وسيلة التهديد المالي لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعد العدالة انظر ص ٢٥٠) .

٢٥٤ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري) وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضا) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٦ — ٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الكويتي م ٢٩٢ بفقراتها الثلاث (مطابقة للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١ : غير انه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العيني) على الموجبات التي يستلزم ايفاؤها عينا قيام المديون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل نكول يرتكبه ، رغبة في اكراه المديون المتمرد واخرجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب عينا يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة أو أن تبقى منها ما يعرض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدأ من المديون . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة — ويقول الاستاذ صبحي المحمصاني في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصري « زيادة الغرامة التهديدية اذا وجد داع للزيادة » وان لم ترد صراحة في القانون اللبناني ، إلا أنها تدخل دلالة في معنى الغرامة التهديدية التي هي بطبيعتها حكم موقوت تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائي ازاء التنفيذ العيني المطلوب ، لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضي ضروريا لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهي اكراه المدين على التنفيذ العيني في التزام العمل) .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى .

٤٤٧ - معنى التهديد المالى : تتلخص وسيلة التهديد المالى ، وفقا للنصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا فى خلال مدة معينة ، فاذا تأخر فى التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر ، مبلغا معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أم كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملا يخل بالتزامه ، وذلك الى أن يقوم بالتنفيذ العينى أو الى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع الى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بقتا (١) .

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص : ١ - شروط الحكم بالتهديد المالى ٢ - ومميزات هذا الحكم ٣ - وطبيعته ٤ - والسند القانونى الذى يقوم عليه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ - وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التهديدى : « وتسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أيا كان مصدره ، متى كان الوفاء به عينا لا يزال فى حدود الامكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة الى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجهز للقاضى أن يزيد فيها ازاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

ويلاحظ أن التهديد المالى يرمى الى حمل المدين على التنفيذ العينى اذا التزامة التزاما بعمل ، وان حمله على التعويض العينى اذا كان التزامه كان التزامه بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوى فى هذا الصدد من الناحية العملية ، التنفيذ العينى والتعويض العينى ، ومن ثم لا نرى بأسا من اطلاق عبارة « التنفيذ العينى » على كل من التنفيذ العينى والتعويض العينى .

٤٤٨ - شروط الحكم بالتهديد المالى : يشترط فى الالتجاء الى وسيلة التهديد المالى والحكم بغرامة تهديدية انشروط الآتية : (أولاً) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العينى لا يزال ممكناً (١) . (ثانياً) أن يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى ، والا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ثالثاً) أن يلجأ الدائن الى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى .

٤٤٩ - الشرط الاول - التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العينى لا يزال ممكناً : لايد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فاذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالى . ومن ثم لا يجوز الالتجاء الى التهديد المالى لاجبار المدعى عليه على الحضور الى المحكمة ، فانه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج (٢) . ثم لابد من أن يكون المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب اليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل . أما اذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك اذا حكم عليه فبادر الى تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لان سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

(١) فاذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأُخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العينى عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العينى يعدل التنفيذ العينى فى هذا الصدد ، وان عبسار « التنفيذ العينى » قد يقصد بها التعويض العينى .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ - ٥٤٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ - كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لاجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، اذ لا يوجد عليه التزام قانونى بذلك (كايذر فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ - الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ - ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) - هذا ويجوز أن يكون المدين الذى يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كمصلحة التليفونات ، أو شخص من اشخاص القانون العام كاحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . (انظر فريجانيل (Zréjaville) فى انسكلوبيدى دالوز ١ لفظ فقرة ٣٤) . Astreinte

ولا بد أن يكون الالتزام لا يزال ممكنا تنفيذه عينا . أما إذا أصبح تنفيذه العيني مستحيلا ، كان هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للالتجاء الى التهديد المالى ، فان الالتجاء الى هذا الطريق انما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير ذى موضوع (١) .

٤٥٠ - الشرط الثانى - تدخل المدين ضرورى والا كان التنفيذ

غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانيا أن يكون تدخل المدين الشخصى ضروريا لتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، بحيث ان هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم (٢) . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل . ففى الالتزام بنقل الملكية اذا كان محل الالتزام عينا معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون الى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذا ولا حاجة للتهديد المالى . كذلك اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام الى تهديد مالى ، لأن تنفيذه عينا دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على اموال المدين (٣) .

(١) فاذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلا ، وثبت أن هــ المستندات قد اُعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وانما يقضى بالتعويض اذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ببيع العسرين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٥ . وينطبق نفس الحكم اذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا غير ممكن ولو كان ذلك بخطا المدين .

(٢) فان أمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للالتجاء الى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ - ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص - وانظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

بقى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه ، وفي أغلب احواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفي الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكنا أو ملائما يجوز للدائن أن يلجأ الى وسيلة التهديد المالى (١) .

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى (٢) . وفى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء الى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب (٣) ، وفى الالتزام بتقديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فنى كغناء أو تمثيل أو تصوير (٤) .

(١) بلانيول وريبير ورنوان ٧ مقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك ان يكون الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه وتعهّد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبيا على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يقدّم بتنفيذ التزامه عينا (فريجانيل : أنسيكلوبيدى داللوز ١ astreinte مقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملازمة تفسيراً واسعاً ، فيكفى أن يكون التهديد المالى من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عينا أبسط فى الاجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ اليه القضاء ، ذاهبا الى أن التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهرى ملائم ولكن التهديد المالى أكثر ملائمة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٢٧٤ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٦٠٥ — انظر فى هذا المعنى فريجانيل : أنسيكلوبيدى داللوز ١ astreinte مقرة ٢٤) .

(٢) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .
(٣) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .
(٤) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ١٩٢٦ ٤ ص ٤٥٢ .
ويلاحظ أنه إذا تعهد كاتب لنشر بكتابه رواية ، أو إذا تعهد رسّام لعمل برسم لوحة فنية ، فلا يجوز اجبار الكاتب أو الرسّام على تنفيذ التزامه بتسليم الرواية أو اللوحة عن طريق الالتجاء الى الغرامة التهديدية أو التهديد المالى . فالمؤلف أو الرسّام على نتاج عمله حقان : حق مالى يخوله وحده استغلال نتاج نشاطه الذهنى استقلالاً مالياً ، وحق أدبى يرمى الى تمكين المؤلف من حياته ما يوسّع اليه ذهنه . ومن خصائص الحق الادبى أن =

وفي التزام شركات الاحتكار، بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلات
التليفونية وتوصيل التيار الكهربائي ، وفي الالتزام بإخلاء عين مؤجرة
أو تسليمها ، وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل
المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون في إكراه
المدين على التدخل حرج على الحرية الشخصية . وفي نطاق الأحوال
الشخصية يجوز الالتجاء الى التهديد المالي في الالتزام بتسليم
الأولاد الى من له حق حضانتهم (١) ، وفي التزام الزوجة أن تذهب الى
محل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبرا على المدين -
وينفذان فعلا على هذا النحو في كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية -
ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء الى
التهديد المالي (٢) .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من
شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد
المالي . مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه
الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني
ممكنا ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة،
جاز الالتجاء الى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل في

= للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره . وفي اللجوء الى
الغرامة التهديدية لإكراهه على النشر خروج على هذه القاعدة . بيد أن ذلك
لا يعني أن للمؤلف الاحتباء وراء هذا الحق الأدبي للتخلص من تنفيذ
التزاماته عينا ، إذا كان السبب في عدم تنفيذه لالتزامه بتسليم المخطوط
هو رغبته في التعامل مع ناشر آخر . فعندئذ يجوز إجباره عينا على تنفيذ
التزامه إذا أنه يكون متعسفا في استعمال ما له من حق . اسماعيل غانم
المرجع السابق فقرة ١٧٥ ، محمد علي عمران المدخل للعلوم القانونية طبعة
سنة ١٩٧٢ فقرة ١١٢ . عبد المنعم البدر اوى المرجع السابق فقرة ٢٥ .
(١) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون
٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٢) أنظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي
بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

مشرح معين (١) ، والتزام المهندس بالا يعمل في مصنع منافس ،
وانتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري ، فانه يجوز الحكم
في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر
الممنوع أو حتى يكف بتاتا عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة
التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضا عن الضرر
الذي يصيب المدين من جراء اخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن
مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ،
فاذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الاخلال بالتزام
بعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه ، كان هذا
المبلغ تعويضا ، والا فهو غرامة تهديدية (٢)

٤٥١ - الشرط الثالث - الدائن الى المطالبة بالتهديد المالي :

والرأى الراجح أنه يجب أن يطلب الدائن بالتهديد المالي ، فلا يجوز
أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين اذا لم يطلب
الدائن منها ذلك (٣) . على أن هناك رأيا يذهب الى جواز أن تقضى

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفا فقرة ٤٤٦ في الهامش - بيدان
ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٢) بلانيول وريبير وردون ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ - ديوج ٦ فقرة
٥١٣ - وقد يكون تدخل المدين ضروريا في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لايجوز
اجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الالتجاء في هذه الحالة الى التهديد
المالي . مثل ذلك أن يكون الامر متعلقا بحق المؤلف الأدبي ، كما اذا تعهد
مؤلف لناسر أن يضع كتابا يقوم الثاني بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي
انتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناسر
اجباره على هذا العرض عن طريق التهديد المالي . ولكن اذا كان المؤلف
قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الاول ، فانه يجوز
اجباره على التنفيذ العيني عن هذا الطريق (الأستاذ اسماعيل غانم في احكام
الالتزام فقرة ٥٦) .

(٣) انظر في هذا المعنى كولان وكابيتان ومور أنديير ٢ فقرة ١٧٧ ص
١٣٤ - ص ١٣٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - مازو
فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية اذا وجدت أن شروطها متوافرة (١) .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديدا (٢) .

وللمحكمة ، اذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير في أن تجيبه الى هذا الطلب أو ألا تجيبه اليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالي متوافرة (٣) . ولا تخضع المحكمة في استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، اذ هي تقضى في مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالي شروطا يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

وينجوز لأية جهة متخصصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى في التزام مدني (٤) . ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذا عينيا ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدره . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية الى تعويض ، على النحو الذي سنبحثه ، ليس من

(١) انظر في هذا المعنى كينيو فقرة ٧٠ — الاستاذ اسباعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٨ ص ٢٨ — وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ — فقرة ٥١١ — فريجانيل في أنسيلوبيدي داللو ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ قس ٥٤٧ .

(٣) بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٧٨٦ ص ١٠٢ .

(٤) ولا يجوز لمجلس الدولة في فرنسا أن يقضى على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمرا (فريجانيل : أنسيلوبيدي داللو ١ (astreintes) فقرة ٣٨) .

اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضي الموضوع (١) .

٤٥٢. - مميزات الحكم بالتهديد المالي : ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالي ، فهي ثلاثة :

(أولاً) يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً مجمداً دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فإن المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانياً) التهديد المالي تحكيمي (arbitraire) لا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ، وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل أنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلاً . فليست غايته التعويض عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه . فينظر القاضي إذن ، لا إلى الضرر ، بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطاوعة والمضي في عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغاً يكون من شأنه أن يؤدي في النهاية بالمدين إلى الرضوخ والاذعان ، ويكون عادة أكبر

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ - ولا نرى مانعاً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملي بغرامة تهديدية في مسائل الحضانة والطاعة بدلاً من الحكم بالتنفيذ القهري (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بسدك من دوائر الأحوال الشخصية التي استحدثت في المحاكم الموحدة .

(٢) وكان في بداية الأمر في فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ - ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

من الضرر بكثير (١) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه « إذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » . فلقاضى اذن اذا قدر فى البداية مبلغا ، ثم رآه غير كاف للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد فى هذا المبلغ الى القدر الذى يراه كافيا . ولا يمنع من ذلك حجية الأمر المقضى ، فان الحكم بالتهديد المالى لا يحوز هذه الحجية كما سنرى (٢) .

(ثالثا) التهديد المالى حكم وقتى وتهديدى (provisoire et comminatoire) ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ - الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائيا واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الاصلى مشمولا بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقا على رأس المدين ، مهددا له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه الا اذا تحول الى تعويض نهائى كما سيأتى (٣) .

(١) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ — ٢٨ ابريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكما بتعويض مقدر سلفا عن المستقبل (ad futurum) هـ وسنعود للإشارة الى ذلك) — اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٩ — عبد المعظم البدرأوى المرجع السابق فقرة ٢٧ .

(٢) وفى احدى القضايا فى فرنسا (نقض فرنسى اول ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ — ١ — ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك فى اليوم الى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٣) انظر آنفا تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ فى الهامش — ديوج ٦٦ فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثا — الموجز للمؤلف فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثا — الموجز للمؤلف — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ — اسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاضرة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولايجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الاستاذ عبدالحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ — ص =

٢ - ما دام المدين لم يخط خطوته انحاسمة في تنفيذ الالتزام أو في الاصرار على تنفيذه ، فان مصير الحكم بالتهديد المالى يتقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقى للمدين المترتب في ذمته (١) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن انطلب الأصلى لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٢) .

٣ - لايجوز الحكم بالتهديد المالى حجية الامر المقضى (٣) ، لانه حكم وقتى تهديدى كما قدمنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضى اذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانيا ، عند تحويله الى تعويض نهائى ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعىا في ذلك الضرر الذى أحاق بالدائن كما سنرى .

٤ - الحكم بالتهديد المالى لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض في الحكم الصادر بعدم جواز استئناف

= ١٩٢). ويذهب جانب من الفقه فى فرنسا - وهو رأى ضعيف - الى القول بإمكان تنفيذ الغرامة التهديدية . وشايع جانب من القضاء الفرنسى ما ذهب اليه الفقه فى هذا الشأن . وحجتهم فى ذلك أن نظام التهديد المالى يكون أكثر فاعلية اذا ما قلنا بإمكان التنفيذ بها من جهة . ومن جهة أخرى فان الحكم بالغرامة التهديدية يولد لصالح المحكوم له حقا محله مبلغ من النقود تتواءم له كل الشروط اللازمة لاجراء التنفيذ فهذا الحق موجود وحال الاداء ومعين المقدار ، اذ أن المحكمة عندما تقضى بها تحدد رقما معيناً عن كل فترة زمنية . وأما اذا كان هذا التعيين مؤقتاً فان هذا التوقيت لا يمنع من التنفيذ . وتبعاً لأن مقدار الغرامة يتوقف نهائياً على الحكم بالتعويض ، لذلك فـأن الدائن ينفذ به تحت مسؤوليته اذ أنه قد يتعرض لاعادة جزء من حصيله التنفيذ بعد صدور الحكم بالتعويض النهائى .

راجع Savatier (jean) L'execution des condamnations au paiement d'une astreinte D. 1951-ch. p 37-40-D 1963 p24.

وراجع أيضاً فتحى والى التنفيذ الجبرى طبعة سنة ١٩٨٠ مقرة ٧١ ص ١٢٥ - ومحمد عبد الخالق عمر فى مؤلفه التنفيذ الجبرى بند ١٣٥ ص ١٣٢ .

(١) الموجز للمؤلف مقرة ٣٤٩ ص ٤٣٤ .

(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ص ٣٩ .

حكم ابتدائي قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردي مع الزامها بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعي ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم ينفذ الخصومة الأصلية أو جزءا منها ، وإنما قضى بإجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافي المطعون فيه حكما وقتيا في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات (١) .

٤٥٣ - طبيعة الحكم بالتهديد المالي تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضا فهي لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه اطلاقا ، وإذا حكم القاضي بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبب ، وقد كان القضاء الفرنسي في بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالي والتعويض عمدا حتى يجد سندا قانونيا للتهديد المالي ، ثم ما لبث أن ميز تميزا واضحا ما بين الاثنين (٢) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée)

وان كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي كما قدمنا ، ولا تنفذ الا عندما تتحول الى تعويض نهائي ، وهي في هذا التحول قد تنتقم أو تلغى ، فالذي ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي (٣) .

(١) نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحامة ٣٢ رقم ٢٣٣ من ١٩٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٦٢ - وقد وصل هذا التمييز الى حد أن تقضى المحكمة في حكم واحد بتعويض نهائي عن الضرر الذي وقع في الماضي وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه في المستقبل (نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي تريبينو ١٩٢٢ - ١ - ٢١٤ - ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٦٣ - وتارن الموجز للمؤلفين . فقرة ٤٤١ .

وانما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه (٢) . فهي اذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبرى . وهى وسيلة غير مباشرة (٣) ، تتفق فى هذا مع الاكراه البدنى الذى هو أيضا وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهرى وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى اليه المدين من تنفيذ التزامه أو الأصرار على عدم التنفيذ (٤) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ويتضح مما تقدم ان الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وانما هى طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء فى الموجز للمؤلف : « وسنرى ان المدين لا يحكم عليه فى آخر الامر الا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالى لاجبار المدين على التنفيذ ، لان الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه ان يلقى فى نفسه القلق والازعاج ، اذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذى سيحكم به القاضى نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة اخرى يعلم ان مبادرته الى تنفيذ التزامه تجعل القاضى اكثر استعداداً لرفع التهديد المالى عنه او لتخفيفه الى درجة كبيرة ، وان اصراره على عدم التنفيذ من شأنه ان يجعل القاضى متشجعاً فى تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الاصرار لا مبرر له ، وقد ينتهى الامر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذى حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها ان تجعل التهديد المالى وسيلة ناجعة لاجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون ان يكون هناك حجر على حريته الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ابريل ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — اول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسى على ان الغرامة التهديدية انما هى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً انها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف مصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى لا من وقت صدور الحكم الابتدائى ، فهى امر من المحكمة لا يبدأ سريانه الا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وقد كان من مقتضى ذلك — أى من مقتضى ان التهديد المالى امر — الايبدأ سريان الحكم =

٥٤ - السند القانوني للتهديد المالى : لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ولا فى التقنين المدنى المصرى السابق نص يصلح أن يكون سندا تشريعيا للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسى ، بطريق غير مباشر ، الى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسى ، وهى تقضى بأنه « يجوز للمحاكم فى القضايا التى تعرض عليها وتمشياً مع ما توحىه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفاً ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام » . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (injonction) لا بما لها من ولاية الحكم ، (imperium, judicia ardinatoria) (jurisdiction) للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية (١) .

= بالتهديد المالى الا من وقت ضرورة هذا الامر نهائيا ، فاذا استؤنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائى من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم المدين أن الامر بالتنفيذ قد تأيد نهائيا ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بالزام المدين بالتنفيذ العينى فى مدة شهر والا دفع مبلغا معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره فى الاستئناف مدة أربعة اشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى . فى مثل هذه الحالة يجب اعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العينى ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائى . وبهذا تقتضى المحاكم المصرية (استئناف اهلى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٨ - محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ - استئناف مخططة ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المخططة ٤ ص ٩٧ - ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللو ٨٢ - ١ - ١٣٤) مخالفة فى ذلك احكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ داللو ١٩٠٩ - ٢ - ١١٣ - السين الابتدائية ١٥ يولييه سنة ١٩٠٩ داللو ٩١١ - ٢ - ٣٠٣) (١) (الوجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

(١) استعان فى مقال له فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٢ ص ٥ - ص ٥٢ - بودرى وبيلارد فى مقالة ٤٧٩ مكررة .

ولا شك في أن النص الذي استند اليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالي نظرية خلقها القضاء لا المشرع (١) .

وفي عهد التقنين المدني السابق سار القضاء المصري عسى أثر
القضاء الفرنسي في اجتهاده في الحكم بالتهديد المالي ، وفي اعتباره حكما

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون الى عدم مشروعية التهديد المالى ، وبالى ان القضاء لا يستند فى ذلك الى أى أساس قانونى (ديمولومب ٢٤٦٦ — فقرة ٤١٧ — لوران ١٦٠ — فقرة ٣٠١ — هيك ٧ فقرة ١٣٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٦٢ ص ٦١ — ص ٦٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ — ديوج ٦ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٦٥٣ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٧٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٠ .

على أن المشرع الفرنسي أصدر قانونا في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ،
خاصا بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة السادسة
من هذا القانون نص يرتب التزاما قضائيا ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكما
تهدديا عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام *à peine*
(d'une astreinte pour chaque jour de retard) وفي هذا اقرار تشريعي
لنظرية التهديد المالي في مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٣٧) هامش
رقم ١) . انظر أيضا قانون ١٨ يولييه سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة
١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يولييه سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٧٩٥ مكررة ثانيا ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعا ص ١١٦
— ص ١١٧) ..

وانظر في أن القضاء البلجيكي لا يسلم بنظرية التهديد المالي دي باج
٣. فقرة ١٦١ — بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانيا ص ١١٢
هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المستقبل
(ad futurum) يقدر سلفا إذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيطة
في هذا الطلب (دي باج ٣ فقرة ١٦٢ — فقرة ١٦٤) . وانظر في عدم
التسليم بنظرية التهديد المالي في أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين
والبرازيل وسويسرا والماتيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

وقتيا تهديديا للقاضي تخفيضه أو الغاؤه (١) .
أما في التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجد السند التشريعى
لنظرية التهديد المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نعد فى
حاجة الى سند قانونى آخر . على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما
قدمنا الا تقنيناً للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق .

المطلب الثانى

اثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ - موقف المدين من التهديد المالى : اذا حكم على المدين
بغرامة تهديدية ، فانما يقصد بذلك كما قدمنا الى الضغط عليه والتغلب
على عناده حتى يذعن فيقوم بتنفيذ التزامه .

وهو فى النهاية أحد موقفين : اما أن يحدث التهديد المالى فيه
أثره فيقطع عن عناده ويعمد الى تنفيذ التزامه (٢) ، واما أن يصر على
موقفه ويصمم على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائيا ، عن التنفيذ أو عدم
التنفيذ ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفد

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٨٣٠ م ٤٣ ص ٩ - ٢٤ مارس
سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - والتون ٢ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١ - الموجز
فقرة ٤٤١ - على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى بعض أحكامها
بأن القضاء المختلط لا يعترف بالتهديد المالى على أساس أنه حكم وقتى تهديدى
(astreinte comminatoire) بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقدّر سلفاً عن
المستقبل (astreinte compenatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م
٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وانظر جبريل بسطوروس
فى تعليقاته على التقنين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) .
(٢) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية
لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف
الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضى به بسبب هذا التنفيذ (ديموج ٦ فقرة ٥١٦) .

أغراضه • ومن ثم وجب النظر في مصير الغرامة المالية وتحويلها الى تعويض نهائى •

٤٥٦ - تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى : وقسوت نصت المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه « اذا تم التنفيذ العينى أو أمر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعىا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » • ويستخلص من هذا النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها الى تعويض نهائى • فيجب إذن أن يلجأ الدائن الى محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائى يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها •

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين • ويتحقق ذلك اذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكنا وانما التجأ الدائن الى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أمر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لا يزال ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ (١) •

٤٥٧ - عناصر التعويض : على أن القاضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وألا كان قضى به منذ البداية بدلا

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - بل ويجوز أن يكون الالتزام مما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ الى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين • فمضى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضا قد تكتشف ، وبحسب النظر فى تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى (ديبوج ٦ فقرة ٥١٥) •

من أن يقضى بالتهديد المالى • وانما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية الى تعويض نهائى كما قدمنا •

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى :
ما أصاب الدائن من ضرر وما فاتته من نفع من جراء عدم التنفيذ اذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ اذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه •

على أن هناك عنصر جديداً — وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف الى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى — يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى • هذا العنصر هو العنت الذى بدا من المدين • فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء غناد المدين وتعنته واضراراً على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ •

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذى بدا من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ الى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى ، ويجب تعويضه عنه • ولكن عنصر العنت انما يبرز أهميته فى حالة ما اذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، اذ يكون العنت فى هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً • هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذى يجعل للتهديد المالى مزية ليست له فى القانون الفرنسى حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً ، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالى مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده (١) • وقد أمكن فى التقنين المصرى الجديد إضافة عنصر العنت الى التعويض بفضل النص على

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسى من أن التهديد المالى ، فى الوضع الذى اقره القضاء ، ليس له تأثير كبير فى التغلب على عناد المدين • وقد ذهبت بعض المحاكم فى فرنسا ، حتى يكون للتهديد المالى التأثير المطلوب = (م ١٨٨ من المراسلة الواسعة ١٩١٤) •

ذلك صراحة في المادة ٢١٤ كما رأينا (١) . أما في فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضي بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض .

= الى ان تقضى بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ١٢ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥١ - ١ - ٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٧٩٥ مكررة) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :
« بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم مؤقت ، تنتفى حلة قيامه متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه ، أما بوفائه بالالتزام وأما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة . فان كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به ، والزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر . وان أصر المدين على عناده نهائيا ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغي أن يرأى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا باعتبار هذه الممانعة عنصرا أدبيا من عناصر احتساب التعويض . وفى هذا النطاق يمثل لب نظام الغرامات المالية ومقتل القوة فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤) . ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه ، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن الغرامة في هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فانه إذا كان هذا هو الغالب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ادخال عنصر العنت في الحساب ، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

ويترتب على أن عنصر العنت الذى بدأ من المدين منصوص عليه في التقنين أن القاضي إذا أغفل هذا العنصر في تقدير التعويض ، خضع لرقابة محكمة النقض . إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر ، فإذا هو لم يراعه كان هذا أخلافاً منه بمسألة قانونية (أنظر الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - وأنظر في تقدير نظام التهديد المالى الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام مقرة ٥٨) .

ويلاحظ أن نظام الغرامة التهديدية قد يبدو لأول وهلة غير مجسد ، إذ أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت يعاد النظر فيه حتماً ، ومادام التنفيذ به غير جائز ، فان المدين لن يعا به . بيد أنه يلاحظ أن عنت المدين وعدم تنفيذه لما التزم به بالرغم من الحكم عليه بالغرامة التهديدية يدخل بلاشك في تقدير مقدار التعويض . على أنه أزيد لنظام التهديد المسالى النجاح فلاتجب المغالاة فيه ، كما يجب أيضا على المحاكم ألا تبالغ في تقدير =

ومتى تم تلقاضى تقدير التعويض النهائى على النحو الذى بسطناه ، قضى به على المدين ، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين ، لا على أنه تهديد مالى ، بل على أنه تعويض نهائى .
والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالى (١) ، بل قد لا يرى القاضى فى بعض الحالات وجها للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم امعان المدين فى العنت ، فيلغى الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أى تعويض (٢) . على أن التعويض قد يكون فى بعض الحالات معادلا للغرامة المالية ، لا سيما اذا أمعن المدين فى العنت والاصرار على عدم تنفيذ التزامه ، فيستبقى القاضى التهديد المالى كما هو دون أن ينقصه ، ولكن التهديد المالى تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالى الى تعويض نهائى (٣) . ويجب على القاضى فى جميع الأحوال ، عند تحويل التهديد المالى الى تعويض نهائى ، أن يسبب حكمه وأن يبين فى الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذى أصاب الدائن ، وقد كان الحكم القاضى على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول (٤) .

= مبلغ الغرامة التهديدية . وكلما اتسعت الهوة بين مقدار الغرامة التهديدية وبين مقدار التعويض عند التصفية ، قلت القيمة العملية للغرامة التهديدية .
اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ١٩ .
(١) والحكم القاضى بتخفيض الغرامة المالية لا يلغى التشبيه (commandement) ، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض .
(٢) استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .
(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التى قررت الزام خصم بها ، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذى حددته له بمدة قصيرة ، وأن هذا التأخر ناشئ عن عذر مقبول ، ولكن فى هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التى رفعها بطلب اعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٣) استئناف اهلى ١١ يونيه سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ —
دنى سوييف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ — المنيا
الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ — استئناف مختلط ١٢
ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .
(٤) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الاسبوع القانونى =

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٥٨ — متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام • ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض (١) •

فإذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام العيني للالتزام مستحيلا بظن المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض • ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده • وقد مر القول في ذلك •

وحتى إذا كان التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا •

وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقا للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فإن القاضي يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك •

سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ — الأستاذ عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١ •

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس للالتزام تحييزا أو التزاما بدليا وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذا عينيا أو نفذ بطريق التعويض ، هو واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تعويضا ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العيني كاملة للتعويض (انظر آتفا مقرة ٤٠٩ والهوامش) •

ثم انه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، اعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا في الاعذار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضى .

٤٥٩ - التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أيا كان

مصدره : وكل التزام ، أيا كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدى ، سواء كان التزاما بنقل ملكية أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التى تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ العيني مستحيلا في الالتزام بنقل ملكية شيء معين اذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته الى الغير (١) ، وفي الالتزام بعمل اذا انعدمت الوسائل اللازمة

(١) اما اذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العيني والتعويض فيه يستويان ، لأن التعويض لا يكون الا في دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العيني ، اذ أن النقود لا تتعبد بالتعيين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون اذن قابلا للتنفيذ العيني في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا ان التنفيذ العيني يتحول الى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأولى ان نسمى هذا الشيء تنفيذا عينيا لا تعويضا لأن الأصل هو التنفيذ العيني . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، الا اذا كان تعويضا عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضا عن عدم التنفيذ .

ولا يصح القول ان الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العيني مستحيلا اذا كان المدين معسرا ، فان استحالة التنفيذ العيني ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لاعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقا في أى حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الاعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سببا في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ - انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

واذا كان البيع واردا على عقار ، وكان البائع قد تصرف في المبيع الى مشتر ثانى وسجل هذا الاخير عقده ، فلا يقضى القاضى في دعوى صحة ونفاذ البيع التى يرفعها المشتري الاول بالقبول ، أو أن تنفيذ البائع =

للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام عن عمل اذا أتى المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلا فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التقصيري ليس الا نتيجة للاخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بغيره ، وجزاء هذا الاخلال هو التعويض ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية . والالتزام الناشئ من الاثراء بلا سبب ليس الا نتيجة للاخلال بالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الاخلال هو التعويض . وكثير من الالتزامات القانونية الأخرى يكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار ألا يضر بجاره ضررا فاحشا والالتزام بعدم انشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عيناً ، كالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الاخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ - وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ،

كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً - وهذا هو الوفاء (paiement) - جاز للدائن اجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فإنه يمكن دائماً تنفيذه بطريق الجبر على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء الى التهديد المالي للوصول الى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح

= لالتزامه عيناً أصبح مستحيلاً (محمد على عمران عقد البيع في القانون المدني المصري فقرة ٨٦) .

الأكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي
بسطناه فيما تقدم •

٤٦١ - كيفية تقدير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض
أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض •

فتارة - وهذا هو الأصل - يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا
هو التعويض القضائي •

وطورا يكون تقديره مقدما باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض
الاتفاقي أو الشرط الجزائي •

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد
سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني (١) •

فنستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول

التعويض القضائي

٤٦٢ - الاعذار وتقدير القاضي للتعويض : يجب اعذار المدين
ومطالبته بتنفيذ التزامه • وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ العيني ،
وهو واجب أيضا في التنفيذ بطريق التعويض • بل إن الاعذار في التنفيذ
بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له
أهمية بالغة كما سنرى •

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على
« ان تعيين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد
يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين •

وأكثر ما يبرز الاعذار في التعويض القضائي ، وان كان واجبا أيضا في التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كما سيأتي • فآثرنا أن نبحث الاعذار في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية •

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه • ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن الى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ •

فنتكلم اذن في مسألتين : (أولا) الاعذار (ثانيا) تقدير القاضي للتعويض •

(المبحث الأول)

الاعذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » •

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

« يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات • كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي إجراء آخر » •

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

« لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزامه (١) » .

(١) تاريخ انقصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز ان يتم الاعذار بأى طلب كتابى آخر ، كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى انذار » . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة « أى اجراء آخر » محل كلمة « انذار » الواردة في آخر المادة ، لان الاعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر اعذاراً تم باجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التى لاضرورة للاعذار فيها وهى الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . واصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عما اذا كان الاعذار بكتاب عادى يكفى ، فاجيب بأنه يكفى لان المراد بالاعذار هو تنبيه المدين الى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الراى ، وجعلت الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلاً من جواز الاعذار بطريق الكتاب العادى ، وعدل النص على الوجه الذى استقر عليه في التقنين الجديد ، واصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عسدها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) . ويلاحظ ان قانون المرافعات المصرى الفى طريق الاعذار بالبريد .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا ضرورة ، في اعذار المدين ، لأى اجراء في الحالات الآتية : (١) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الاخص اذا كان محل الالتزام نقل حق عيى أو القيام بعمل وكان لابد ان يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين . (ب) اذا كان محل الالتزام تعويضاً =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٠/١٧٨ (١) . ولا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم في الاعذار وأحكامه ، وان كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست الا تقنيينا لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢١٩ - ٢٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي

= ترتب على عمل غير مشروع . (ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) اذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » في البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجزئ على الوجه الآتي : « لا ضرورة لأعدار المدين في الحالات الآتية » ، وحذفت من البند (١) عبارة « وعلي الأخص اذا كان محل الالتزام ... الخ » لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموما العبارة ، وأضافت بعد عبارة « غير ممكن » في البند (١) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ - ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٠/١٧٨ من التقنين المدني السابق تجزئ على الوجه الآتي : « لا تستحق التضمينات المذكورة الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « اقتصر المشروع في شأن الاعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطا مقصدا به الى علاج ما يعتور من نصوص التقنين الحالى (السابق) من اقتضاب محل . ويراعى بادىء ذى بدء أنه لم يأت على وجه الاطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الاعذار ومايرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث احكام أخرى ، قد يكون أهمها مايتصل باصلاح الاجراءات المتبعة في اعذار المدين ، فنقد قضي المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابى في المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصرى دفعا لخرج الغلو في التشبيث بشكلية الاجراءات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التجديد الذى كان يقضى بالاكتفاء في الاعذار بطلب كتابى قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

المواد ٢٥٦ - ٢٥٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢١ - ٢٢٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٥٣ و ٢٥٨ وفي التقنين المدني الكويتي المواد ٢٨٧ - ٢٩٩ وفي التقنين المدني الاردني المادتين ٣٦١ - ٣٦٢ (١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري - م ٢١٦ - ٢٢١ (مطابقة للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع ملاحظة ان الانذار في التقنين السوري يكون بواسطة الكاتب العدل وانه يجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٥٦ (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٥٧ : يكون اعذار المدين بانذاره . ويجوز ان يتم الاعذار بسأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى انذار . (وهذا النص - كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري - يجيز الاعذار بطلب كتابي غير رسمي) .

م ٢٥٨ . (مطابقة للمشروع التمهيدى لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصري ، ولا تختلف في الحكم عن التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٢١ - ٢٢٣ (مطابقة للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٣ - يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر : اولاً - ان يكون قد وقع ضرر . ثانياً - ان يكون الضرر معزواً الى المديون . ثالثاً - ان يكون قد انذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع احكام التقنين المصري) .
م ٢٥٧ - ان تأخر المديون الذي بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن انذار يرسله اليه الدائن بطريقة ما . وانما يجب ان يكون خطياً (ككتاب يضمنون او برقية او اخطار او اقامة الدعوى عليه امام المحكمة وان لم تكن ذات صلاحية) . وان هذا الانذار لو اوجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله او أصل بدل الضرر . (وهذا النص يجيز الاعذار بكتاب مسجل او برقية او اخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري وكالتقنين العراقي : انظر الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦) .

م ٢٥٨ - لا يبقى الانذار واجباً : ١ - عندما يصبح التنفيذ مستحيلاً . =

ويقتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري أن التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين ، وأن الاعذار يتم باجراءات معينة ، وأن هناك حالات لا ضرورة فيها للاعذار . وإذا تم الاعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .

فنتكلم اذن فيما يأتي : ١ - معنى الاعذار ٢ - كيف يتم الاعذار ٣ - الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار ٤ - النتائج القانونية التي تترتب على الاعذار .

٤٦٤ - معنى الاعذار : اعذار المدين هو وضعه قانونا في حالة التأخر في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني (dies non interpellat pro homine) ، بل لابد من

٢ - عندما يكون الموجب ذا أجل موضوع لمصلحة المدين ولو بوجه جزئي على الأقل . ٣ - عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أدائه رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو كان المدين قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع . ففي الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المدين حتما في حالة التأخر بدون أي تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصري في أمرين : ١ - يجعل حلول الأجل في دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئيا كافيا ولا حاجة لاعذار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم اقرب الى التقنيات الجرمانية وبعض التقنيات اللاتينية كما سنرى . ٢ - لا يجعل من حالات عدم ضرورة الاعذار حالة ما اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني - في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ - الى أن عدم ضرورة الاعذار في حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، بالرغم من اغفال النص عليه ، مقبول في لبنان « وفقا للقياس والمبادئ العامة » فالانذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين باقراره » .

التقنين المدني الكويتي م ٢٩٧ - ٢٩٩ (مطابقة للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع عدم النص على الاعذار بطريق البريد ومع اختلاف بسيط في الصيغة والصيغة) .

التقنين المدني الاردني م ٣٦١ - ٣٦٢ (مطابقة للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع عدم بيان كيفية حصول الاعذار) .

اعذاره (١) . فقد يحل أجل الالتزام ، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضى ضمنا بمدد الأجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق اعذاره بالطرق التي رسمها القانون (٢) . وعند ذلك يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض (٣) .

-
- (١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .
وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدني) فإذا كان التمسك بالتمتير لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعفاء من الأعذار وهو إجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فإن المشتري لا تكون على حق في المطالبة بهذا التعويض (نقض مدني في ٣ من مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٧ ص ٥٨٣) .
- (٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل إقامة الدائن ، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حجة إلى أي إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط في مدد قصيرة واعذر المدين لأحد هذه الأقساط فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الأعذار في كل قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يولية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٢٢٨) .
- (٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ — ويكون الأعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين في الأعذار أجلاً لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في قوة الأعذار ، فمتى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في أعذار المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .
- ويقابل أعذار المدين أعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً ونقياً للأجراءات التي نص عليها القانون (م ٣٣٤ — ٣٤٠ مدني — انظر دي باج ٣ فقرة ٨٦ — فقرة ٨٧) .

وفكرة الاعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى (١) ، نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستتبقاها التقنين المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لاشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لاعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض (٢) .

٤٦٥ - كيف يتم الاعذار : الأصل فى اعذار المدين أن يكون بإنذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لاعذار المدين ، حتى صح أن يقال : « قد أعذر من أنذر (٣) » .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٦ - ١٣) كيف يعلن المحضر الإنذار :

(١) وكان القانون الرومانى يستوجب الاعذار ، أما القانون الفرنسى القديم فكان لا يستوجبه فى القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفى القرن الثامن عشر عاد بوتويه الى تقاليد القانون الرومانى فاستوجب الاعذار (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) انظر التقنين المدنى الالمانى (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢) ، والتقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) ، والتقنين المدنى البرازيلى (م ٩٦٠) ، والتقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) ، والتقنين المدنى الصينى (م ٢٢٩) ، والتقنين المدنى اليابانى (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسى والمراكشى (م ٢٥٥/٢٦٩) . أما المشروع الفرنسى الايطالى (م ٩٥) والتقنين المدنى الايطالى الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الاعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمى ، انظر فى هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ .

(٣) فالاعذار هو اذن ارادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتفرغ فى شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الاعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولى (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض اجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الاعذار اهلية الادارة دون اهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

يسلم صورة الانذار الى المدين نفسه في موطنه ، فان لم يجده سلمها الى وكيله أو خادمه أو أحد اقاربه القاطنين معه ، والا سلمها الى جهة الادارة على الوجه الذى بينه تقنين المرافعات في النصوص المشار اليها . ولا كانت المادة ٢١٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات ، ويجب الرجوع الى هذا التقنين أيضا في ذلك . وكان تقنين المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ يجيز الاعلان على يد محضر بطريق البريد في الاحوال التى بينها القانون وتولت مواده من ١٥ - ١٩ تنظيم هذه الطريقة من طرق الاعلان ، فلما صدر قانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ بتعديل بعض أحكام تقنين المرافعات المشار اليه رأى المشرع إلغاء المواد من ١٥ - ١٩ سالفة الذكر فبقى بذلك على نظام الاعلان بطريق البريد وقد سائر تقنين المرافعات الحالي هذا النظر فجاءت أحكامه خلوا من الاتخذ بهذا النظام .

وليس الانذار هو الطريق الوحيد لانذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الانذار (١) . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الانذار (٢) . من ذلك التنبيه الرسمى

(١) ولا يقوم مقام الانذار اقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد انذره ، بل يجب على الدائن تقديم اصل الانذار حتى تثبت المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكتفى لترتيب الأثر القانوني للانذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع انذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحا ، بل يجب تقديم الانذار حتى يمكن للمحكمة أن تثبت أن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع الى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصل قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) - راجع الأستاذ اسيماعيل غاتم في مؤلفه السابق فقرة ٤٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاعذار هو وضع المدين وضع المتأخر في تنفيذ التزامه ، والاصل في الانذار أن يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الانذار كل ورقة =

(commandement) الذى يسبق التنفيذ • ومن ذلك أيضا صحيفة الدعوى . (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة • ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال التنفيذ (١) • وكثيرا ما يقع أن ينذر الدائن فى نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة انذارا ومطالبة قضائية فى وقت واحد (٢) ، ولكن اذا جادر المدين فى هذه الحالة الى التنفيذ بمجرد أن تعلن اليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن • لأن المدين يكون قد نفذ

رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه ، ولايتطلب القانون ان تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لان الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود المزمة للجانبين وليس بلام أن يثبت المدين اليهما قبل رفع الدعوى بطلب ايهما واذا كان يرتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم باعلانها المحضر الى المدين بدفع قيمة السند ، فان يرتستو بعذر اعذارا للمدين بالبطء الذى يتطلبه القانون فى الانذار (نقض مدنى فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) .

كما قضت محكمة النقض بأن الاعذار هو وضع المدين موضع التأخر فى تنفيذ التزامه والاصل فى الاعذار ان يكون بانذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزام ، ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على ان تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن . (نقض مدنى فى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٣١ ص ٩٥٥) .

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ - ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة التأخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى هذا الاعذار ان يكون بورقة رسمية من اوراق المحضرين يبين الدائن فيها انه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد اعذارا اعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته الا اذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام : نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ .

التزامه بمجرد اعذاره (١) .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفى للاعذار في المسائل المدنية (٢) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الاعذار تكفى فيه ورقة رسمية أو اخطار شفوى (٣) .

(١) ولا يكفى في الاعذار الطلب الذى يقدم للجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (اخطار شفوى لا تكفى) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحامة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقسارن ديموج ٦ فقرة ٢٢٥ .

(٣) ويجب على الدائن اثبات حصول الاخطار الشفوى وفقا للقواعد العامة في الاثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص على جواز أن يتم الاعذار بطلب كتابى ولو غير رسمى ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آتفا تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه « يجوز الاعذار بالكتابة أيا كانت صورتها » ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويميل القضاء في فرنسا الى عدم التثبت بشككية الاعذار ، ويجعل لقاضي الموضوع سلطانا لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة الى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعبر مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعبر الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكفى في الاعذار بكتاب غير رسمى أو ببرقية ما دام اثبات ذلك ممكنا ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان في هذا الاقرار اثبات كامل ، ويعتبر المدين في هذه الحالة معذرا (دي باج ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول اعذار المدين مسالة واقع لا مسالة قانون ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دي باج ٣ — م ٦٩ — الوسيط ج ٢) .

وأما في المسائل التجارية فيكفي في الإعذار أن يكون بورقة مغشورة
رسمية وحق العرف التجاري ومن أن مجرد الاخطان الشفوي يكفي إذا
كان العرف التجاري يقضي بذلك. والجمع أن معنى الدائن ما يشهد أن
الإعذار قد تم على هذا الوجه (١)

٤٦٦ - الحالات التي لا ضرورة فيها للأعذار: هناك حالات لا ضرورة فيها للأعذار، ويعتبر مجرد حلول الدين اشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه والا كان مسئولاً عن التعويض. وهذه الحالات

وترجع اما الى الاتفاق ، واما الى حكم القانون ، واما الى طبيعة الاشياء ،
وتقدري ايضا عليها جميعا في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ والممثل التقني للدول (٢) .

فقد يتفق الطرفان مقدما على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول

أجل الالتزام دون الحاجة إلى أي إجراء (١٢) ويكون هذا الاتفاق حريصا

۲. امامان و اسقفان قسوس و غیره ۸۸۱. قنبر ۵۶. امامان و اسقفان
۶. بازار ۸۱۷. بازار ۸۱۷. قنبر ۵۶. ۳۷۱. بازار
۷. بازار ۸۱۷. بازار ۸۱۷. قنبر ۵۶. ۳۷۱. بازار
۸. بازار ۸۱۷. بازار ۸۱۷. قنبر ۵۶. ۳۷۱. بازار

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٥٧) لا يكتفي في الإعذار بالكتاب غير المنسهي

(١) تاملين كناف عن الخليل ٩٣ ديوسكيلور سينقة ١٨٦٩ م ١٥ من دليو الغم

يوليو سنة ١٩٨٠ م في ارض ١٤٥ ٢٢٧٢ كيلومتر مربع - ١٩٦١ م ٢٤٠٠ هـ
لبنان - ١٩٨٣ م ٢٥٠٠ كيلومتر مربع - ١٩٦٥ م ٣٢

قوله ٣٥ قبل قوله السنة ١١٦ في حجاز وبعثه في سنة ٧٨٤ من الهجرة ٨٤٤ هـ
في سنة ١١٦٣ من الهجرة ٨٤٤ هـ في حجاز وبعثه في سنة ٧٨٤ من الهجرة ٨٤٤ هـ

وردوان ۷ فقرة ۷۷۲ ص ۸۳ .
 (۲) على أن لا يقبل الشك في أن هذا هو الذي كان في ذهنه ، والدائن

والمالين نطلم الإعطاء من الإغناء رمة كان هذا لا يعنى إعطاء الدائن في الحالات
التي يكون فيها المال فله ويطالب في ما هو مثل الدين وبعده من أن يبطئ في مؤهل

الذي لا يملكه الله وحده بمعية الذين يؤمنون به. فليكن الله فيكم، ولا يفتنكم الشيطان
ان يسكن في الدنيا، اليه الاية تقوم بالوقت، واسمهم اهل بيتهم في العالم للعالمين.

وَقَدْ رَأَيْتُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ يُقَامُونَ فِيهِمْ
وَقَدْ رَأَيْتُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ يُقَامُونَ فِيهِمْ

(١٣) وقد ورد في تاريخ نخل المادحة ١٩٤٠ (انظر المجلد ١٣١) في
 الهامش (١) ان لجنة المراجعة ذهبت الى ان الاعذار بالانفاور عليه مقدما باعتبار

اعذاراً ثم باجراً معيناً لهذا الاتفاق ، فلا يغفل كل من الخلافات التي لا طرور لها
للإعذار فيها . ولم تحاز اللجنة في هذا الرأي ، بل ادمحنا حالة الاتفاق =

[illegible]

أو ضمنيا (١) ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المقاتل
اتمام البناء في تاريخ معين، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب
التسليم فوراً (librable de sirite) (٢). ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك، فوضع شرط جزائي
في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار (٣)، واشترط حلول جميع
الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار (٤)
الابتداءً، وإن كان هناك اتفاق واضح على العكس (٥). وقد سيوجد اتفاق على
عدم الحاجة إلى الإعذار، ولكن الدائن يتشكك في هذا الاتفاق بتصرفه فيه
كامل إذا اشتراطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار
الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تعود بعد ذلك لأن تعذر كمالها
تأخير أن يترتب عليه عامل التخصيص ليتسلم الأقساط المستحقة (٦) (٧)
قسطاً من التأمين.

مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها للإعذار، ففي هذه
الحالات جئنا يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي
إجراء ولا يمكن اعتبار الاتفاق بينهما إجراء لإعذار المدين على طول الطريق
الآن يكون هناك إجراء لهذا الإعذار. يتفقون بأن الأعداء قد شرع لمصلحة المدين
وأنه قد قضت محكمة النقض بأن الأعداء قد شرع لمصلحة المدين
وله أن يتنازل عنه، فإذا لم يتنازل المدين أمام محكمة الاستئناف فإن
النيابة العامة قد قبلت وبيع الدعوى وأقبلت عليها آثار هذه الأحكام الأولى للبراءة
أمام محكمة النقض (٨) نقض مدني في ١٤ من مايو سنة ١٩١٤. مجموعة أحكام
أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٠٩ ص ٦١١. (٩) نقض مدني في ١٤ من مايو سنة ١٩١٤. مجموعة أحكام
رقم (١٠) برو : سنكلويدى بالور ٣ : (Mise en demeure) مقرر لا بد من إعفاء
(١١) دافيد : مقال في الإعداء منشور في المجلة الانتخابية سنة ١٩١٢. مجموعة أحكام
ص ١٠٩.

(١٢) كهر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية رقم ٢٠. رقم ١٩٠١
والتون ٢ ص ١٢٢ - قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١
م ١٢٥. إن يشترط في عقد البيع أن يكون المشتري وفياً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفى من الإعداء، ولكن القاطن في
المشترى إن الاتفاق الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع
والإعفاء منسوخة من تلقاء نفسه يجب عليه قبل تنازله من البائع عن
خيار البيع، فإن ذلك الإعداء واجب قانوناً لا عمل بالشرط (١٣) (١٤)
الصريح (١٥) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر (١٥) رقم ٢٥٦
ص ٦٨٨.
(١٦) الموجز للمؤلف مقرر ٤٣٦ ص ٤٣٩. هاشم رقم ١٨٦١ (١٧)

وقد يقضى القانون بعدم الحاجة الى الاعذار • وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على الا ضرورة للاعذار في حالات معينة ، بعضها كان في حاجة الى هذا النص ، وبعضها يرجع الى طبيعة الأشياء •

فأما ما كان في حاجة الى النص غالحالة التي يكون فيها محله الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك • ففي هذه الحالة يكون المدين سىء النية ، ويكون واجبا عليه أن يرد الشيء الى الدائن ، وليس الدائن — بمقتضى النص — في حاجة الى اعذاره • ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فورا الى رد الشيء للدائن ، دون اعذار ، والا كان مسئولا عن التأخر في الرد (١) • وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة الى اعذار • منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدنى من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضى بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الاعذار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحققت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون اعذار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه • ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدنى من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضا تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الاعذار بل من وقت الانفاق (٢) •

(١) وقد كان هذا هو أيضا الحكم في عهد التقنين المدنى السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضى بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ — استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥) •

(٢) انظر أيضا المادة ١٩٥ مدنى وتنص على أن « يكون رب العمل »

وأما ما يرجع الى طبيعة الاشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :

(أولا) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (١) . فلا معنى اذن لاعذار المدين ، وهذا ما تقضى به طبائع الأشياء ، لأن الاعذار هو دعوة المدين الى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة الى اعذار . ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام ، ولما كان المدين مسئولا حتى عن التعويض . وتتحقق الحالة التي نحن في صدها في فروض مختلفة . منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد الا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه ، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد المعارضين

= ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولى لحسابه ، وإن يعرضه التعهدات التي التزم بها ، وإن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا اليها فوائد من يوم دفعها ... » .

والمادة ٥٨ {فقرة أولى مدنى وتنص على انه « لا حق للبائع في الفوائد القانونية من الثمن الا اذا أعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق » أو عرف يقضى بغيره » . والمادة ٥١ مدنى وتنص على انه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغا من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . والمادة ٥٢ مدنى وتنص على انه « ١ - اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ - واذا أهد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائده هذه المبالغ من يوم دفعها » . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدنى وتنص على أن « يكون للكميل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » .

(١) قارن استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١٠ ص ١٦٥ .

(ثالثا) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه • فيعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في اعذاره ، فهو قد رد سلفا أنه لا يريد القيام بالتزامه (١) • ولا يكفي التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة • على أن الظاهر أن الكتابة هنا للاثبات (٢) ، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم ارادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التي وجهت اليه في ذلك ، لكان ذلك كافيا في اثبات التصريح المطلوب للاعذار (٣) •

(٥٧ =) الى ان الالتزام بعدم الاضرار بالغير — أو باتخاذ الخطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير على الوجه الذي ذهبنا اليه — ليس التزاما بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانوني عام « باحترام الحدود التي رسمها القانون لكي يستطيع كل شخص ان يزاول نشاطه دون جور على غيره » ، ولذلك لم يحدد المشرع الدائن ، ولا يتضمن معنى العيب اذ يتساوى فيه الجميع • وإنما الالتزام بالمعنى الفني الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة الى هذا الالتزام من المتصور أن يدعى الدائن المدين الى القيام به عن طريق الاعذار ، ولكن لما كان المدين مقصرا من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سببا كافيا لاعفاء الدائن من الاعذار •

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — انظر أيضا أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣ ص ٨٥ — قارن دي باج ٣ فقرة ٧٦ • وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتبار العقد منسوخا من جهته، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان ان المطعون ضده لم يكن بحاجة الى اعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار ان الطاعن قد صرح بهذا الاعلان أنه لا يريد القيام بالتزامه ، فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون • (نقض مدني في ١٤ من فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٥٣ ص ٣٣٩) •

(٢) ويلاحظ ان الكتابة هنا لا يقتصر دورها على مجرد اثبات واقعه التصريح ، بل ان المقصود بها أيضا اثبات جديته (اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٤٤ ص ١٠١) •

(٣) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب اعذار الملتزم متى كان قد أعلن اصراره على عدم الوفاء ، =

ولما كانت هذه الحالات الثلاث (١) انما تقضى بها طيائع الأشياء كما قدمنا ، فقد كان معمولا بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه (٢) .

= واستخلاص هذا الاصرار من الدليل لاثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا وإذا أقر المدين بتقصيره في القيام بالتزامه ، قام هذا الاقرار مقام الاعذار (اسكندرية الاهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣) .

(١) انظر في هذه الحالات الثلاث المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للاعذار ، ويكون المدين مطلوبا (quérable) لا محمولا (Portable) ، لا يعنى عدم الحاجة الى الاعذار الدائن من أن يسعى لتقاضي الدين في موطن المدين (كولان وكانيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء في عهد التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الاعذار ليس لازما في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الاعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت بأنه متى كان ثابتا أن الوفاء أصبح متعذرا ، أو كان المتعهد قد أعلن اصراره على عدم الوفاء ، نفى هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتضى (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الاعذار في حالة المسؤولية التقصيرية وفي حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) انظر أيضا : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ — ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

۱۰۰ : **اعجازِ الہی در بیچستان و بیستستان :**

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولاً عن انتعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الاعذار • أما في الفترة التي سبقت الاعذار ، فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضي بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يلجأ إلى المطالبة (١) • وانتص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه « لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين » (٢) •

(١) نقض مدنى لا يسعير بيننا ١٣٨٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦
رقم ٢٩٢٠ استئناف مختلط ٤٢٠٠ برابى منتهى لسلطان الركن ١٦٥٠ . ويعدل
(٢) الإعدار الرجوع فى الاعتراف ، ففى علة الدائى ينادى بمرق والى ، ثم لم
يشرح فى العذاره الأولى بإعذار ثان تمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، قال عبزة
بالإعذار الثانى لا بالإعذار الأول ، وقد قضيت محكمة النقض بأنه اذا كان
الحكم قد اعتد فى تعيين تاريخ التيسر بإعذار صادر فى تاريخ معين دون
الاعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن
يوضح عليه اطراحه الإعذار الأخير ، فإنه يكون قاضيا (نقض مدنى ٢٩
خازنل سنة ١٢٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

ن ذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت اعداد الدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءا من المبيع متأخرا عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف عن تسليم الباقي حتى اعثرة المشتري ، ولم يثبت من وقت سماع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضا الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسميا . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئا في تطبيق القانون (نقض مذني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجوعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

٣ ص ١٠٣ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد =

ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، فالتعويض عن التأخر في الدفع أي الفوائد لا يكون مستحقا بمجرد ائذار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد الا من وقت اعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

(النتيجة اثنائية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف الى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعا ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . ورأينا أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف الى آخر في كثر الجائتين على التفصيل الذي قدمناه . ورأينا أيضا أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن أو أنه سلم اليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من ائذاره ، وانقضى التزامه .

ورأينا أخيرا أنه يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقا متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك ليو أنه رد اليه .

البيانات اعفقت عما يتنازع عرفت فيما اذا عرفت .
ص ٤٥ — استئناف اهلي ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ — ٢
مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢
ص ٢٠٧ — استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٢ يونيه
سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ٢١
ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣
— ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص
١٦٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٢٤ ص ٣٣٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦
م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعذار — وهو إرادة منفردة كما قلنا — ضروري ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ ، بل أيضا لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (اوبري ورو ، فقره ٨ ص ١٣٧ هاشن رقم ٢ — بودري وبارد ، فقره ٤٦٨ مكرره) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر في التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر في التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الإعذار وهذا تصرف قانوني . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المطلب .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولاً بها في عهد التقنين المدني السابق (١) .

الفرع الثاني

تقدير القاضى للتعويض

٤٦٨ - نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، اذا لم
يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، نوعان : ١ - تعويض عن عدم التنفيذ
ولا يجتمع معه (٢) . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع
(dommages-intérêts compensatoires) ٢ - تعويض عن التأخر في التنفيذ
(dommages-intérêts moratoires) (٣) .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحدده المدين ، كما رأينا ، محل التنفيذ العيني ،
ولا يجتمع معه (٢) . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع
مع التنفيذ العيني اذا نفذ المدين التزامه متأخرا فيجتمع عليه الى جانب
هذا التنفيذ العيني التعويض عن التأخر فيه ، وطورا يجتمع مع
التعويض عن عدم التنفيذ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا
فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

(٢) انظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٣) الا كان هناك تنفيذ جزئى ، فيجتمع التنفيذ العيني الجزئى مع
تعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧٠ فقرة ٨٧٣
ص ٢٠٦) . واذا سلم المدين العين ، ولكن بعد أن أخل بالتزامه في المحافظة
عليها فأصابها تلف ، فإنه يدفع تعويضا عن التلف الى جانب تسليم العين .
وليس في هذا جمع بين التنفيذ العيني والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو
تنفيذ عيني للالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام
الآخر (وهو الالتزام بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧٠ فقرة ٨٧٣ ص
٢٠٧) .

في التنفيذ (١) •

والاجماع منعقد على أن الاعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين • أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأي فيه • هناك رأى يذهب الى وجوب الاعذار أيضا لاطلاق النص ، اذ « لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين » ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٢) • وهناك رأى آخر يذهب الى عدم وجوب الاعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للاعذار بها ، فلا جدوى في الاعذار (٣) • ونحن نميل الى التمييز ما بين فرضين في حالة ما اذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ، وأما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن • ففي الفرض الاول يجب الاعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ، والاعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ والا دفع تعويضًا ، فيكون للاعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب اعذاره • وفي الفرض الثاني ، إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن • لم تعد هناك جدوى في الاعذار ، إذ نكون في احدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للاعذار فيها (٤) • وهذا الرأي الذي نقول به يؤدي الى

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دي باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ •

(٢) كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٢١ — دي باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ •

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٤ — مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ — الأستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ٤٥ — انظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ •

(٤) انظر في هذا المعنى : بودرى وباردا ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ — بلانيول وريبير وردوان ٦ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥١٨ •

أن الاعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ (١) ~~في~~ استحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ - عناصر التعويض : والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه « إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو ينص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره » ويشمل للتعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقعه ببدل جهد معقول (٢) .

ونرى من هذا النص أن التعويض عن الضررين بما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) ، ومن هنا جاءت التسمية (٣) . فالقاضي (٤) أدن في تقديره للتعويض عن سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ .

(١) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول الطبعة الثالثة المجلد الثاني ص ١٢٧١ هامش رقم ١ . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٢٢ .

(٢) ٢٧٥ فقرة ٨ من المبدأ ١٠ (١) . (مطابق) - الليبي م ٢٧٤ (مطابق) - العراق م ٢٧٢ (مطابق) - اللبناني م ١٣٤ و م ٢٦١ (موافق) - الكويت م ٢٦١ (مطابق) - مصر م ٢٦٦ (موافق) - الأردن م ٢٦٦ و م ٣٦٦ (مقارب) .

(٣) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلا تماما للضرر الواقع أو الربح الفائت » .

[illegible]

إذا لم يقيم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامي عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعا ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجا لأن العقار مثقل برهسون سابقة تستغرقه .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاتته من كسب (١) .

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ — قارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وانظر في كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذي قضى به لمؤجر على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضاء المؤجر ، قد استهدى بفئات الأيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالعالم العام بارتفاع أجور الأطيان للحالة الاقتصادية السائدة في السنوات المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الأيجار بواقع كذا جنيها للفدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينفي عليه أنه أخل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الأيجار السنوية الواردة بذلك المرسوم بقانون الذي لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (١) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذي يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض إذا لم يبين عناصر الضرر الذي قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وانظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسؤولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ — فقرة ٦٤٩ .

٤٧٠ — الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن

بيننا (١) أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية (٢) • فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) • والضرر المباشر هو — كما تقول المادة ٢٢١ سالفه الذكر — ما يكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (٣) » •

وأكن في المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا. (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) • أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم • وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (٤) وقد سبق أن بينا تفصيلاً ما هو الضرر المباشر ، وما هو

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ •

(٢) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وتنص على « أن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب » •

(٣) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلاً في الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ •

(٤) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ — وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن التعويض ، في حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند انشاء العقد ، ما لم يكن المدين قد ارتكب خداعاً » •

وقد قضت محكمة النقض بأنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع • (نقض مدني في ١١ من نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٨ ص ١٠٠٩) •

(م. ٧٠ — الوسيط ج ٢)

الضرر المباشر المتوقع (١) ، وما الذى يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره (٢) .

٤٧١ — تقدير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضى يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، سواء فى ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أو أى التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدى فى بعض الحالات . وفى دعاوى السبب وانقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بادانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدى عن الضرر الادبى الذى أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضا عينيا فيجوز للقاضى أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفا لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضا فى حالة ما اذا هدم صاحب السفلى سفلته دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المدين فى المسئولية العقدية لا يلزم فى غير حالات الغش والخطأ الجسيم الا بتعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدنى ، والضرر المتوقع يقاس بمقياس موضوعى لا بمقياس شخصى ، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات (نقض مدنى فى ٣١ من مارس ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٦ ص ٥٣٨ ونقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٠ المجموعة سالفه الذكر رقم ١٩٧ ص ١٢٠٨ .

كما قضت محكمة النقض بأنه يجب لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين وقت التعاقد . (نقض مدنى فى ٤ من فبراير ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٣٠ ص ١٧٢) .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الاول فقرة ٥١ — فقرة ٥٣ . وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

السفلان لمن يتعهد ببناؤه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدنى) (١) .

٤٧٢ — شروط استحقاق التعويض — النصوص القانونية : وقد

نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدنى على أنه « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه .
ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه (٢) » .

(١) انظر فى التعويض النقدي والتعويض غير النقدي فى المسؤولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٠ مكررة — الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٤٤ — فقرة ٦٤٥ . وانظر فى التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ — اذا ائلف عامل النقل البضاعة أو تأخر فى تسليمها ، أو أساء التألف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة الصناع صنع أثاث عهد اليه فى صنعه ، ونحو ذلك — عن طريق ترك الشيء التألف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضى قيمة الصحيح كاملة منه : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٥ وفترة ٢٩٨ — بلانيول وريبير وريوان ٧ فقرة ٨٢٢ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ . عبد المنعم البدر اوى . المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ — ص ٥٤٨) .
وانظر المذكرة الايضاحية لهذا النص فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١١٩/١٧٧ و ١٧٨/٢٤١ : م ١٧٧/١١٩ — التضمنينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد الا اذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوبا لتقصير المتعهد المذكور . م ١٧٨/٢٤١ : اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمنينات . (ولا تختلف احكام التقنين المدنى الجديد عن هذه الاحكام) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السوري م ٢١٦ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ١٦٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى ، غير انها مقصورة على المسؤولية العقدية — وانظر الدكتور حسن الذنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٦ — فقرة ٣٨) .
التقنين المدنى الليبى م ٢١٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى) .

وقد بينا في الجزء الاول من الوسيط (١) أن هذا نص جوهرى في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وقد وضع من أجل ذلك في الباب المعقود لآثار الالتزام (٢) • ويتضح منه أن شروط التعويض هي نفس أركان المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية • وهذه الأركان هي : ١ — الخطأ • ٢ — والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ أو الضرر •

٤٧٣ — الخطأ (احالة) : والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً • وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط (٣) ماهو الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية (٤) وفي الالتزام ببذل عناية ، وتكلمنا في المسئولية العقدية

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : في حالة التعاقد يكون المديون مسئولاً عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلًا في الأحوال المبينة في المادة ٢٤٦ م ٢٥٥ : في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولاً بمجرد عدم تنفيذ العقد ، بل يكون الحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن اثباته ، ويعين القانون درجة أهميته — م ٢٥٦ : أن شروط نسبة الضرر ، في حالة عدم التعاقد ، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها • (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري) •

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام في المسئولية العقدية وفي المسئولية التقصيرية ، فنكتفي بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه ، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨) • (٣) فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٣٥ •

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزماً بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليماً وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية ، فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه اثباتاً بعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانب الناقل ، ولا ترتفع مسئوليته عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت الناقل أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ الراكب المضرور أو خطأ من الغير لم يكن في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه • (نقض مدني في ٢٧ من يناير سنة ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٦ ص ١٩٩) •

عن الغير وعن الأشياء • وبيننا أيضا (١) ما هو الخطأ التقصيري بركنيه المادى والمعنوى ، وتكلمنا فى المسئولية التقصيرية عن عمل انفسير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء • فلا نعود هنا الى ذلك ، ونقتصر على هذه الاحالة (٢) •

٤٧٤ — الضرر (احالة) : كذلك بينا فى الجزء الاول من الوسيط (٣) ما هو الضرر فى المسئولية العقدية ، وعلى من يقع عبء اثباته ، وكيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى فى هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما • وبيننا الضرر فى المسئولية التقصيرية (٤) ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادى وضرر أدبى ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى (٥) بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبى سواء كان ذلك فى المسئولية التقصيرية أو فى المسئولية العقدية (٦) •

(١) الوسيط جزء اول فقرة ٥٢٦ — فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ — فقرة ٧٣٦ •

(٢) انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٢ — ٥٤٤ •

(٣) فقرة ٤٤٢ — ٤٤٩ •

(٤) الوسيط الجزء الاول فقرة ٥٦٨ — فقرة ٥٨٠ •

(٥) انظر النص وتاريخه فى الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة المجلد

الثانى) ص ١٢١٤ هامش رقم ١ •

(٦) انظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هامش رقم ١ — وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على انه «يعتد بالاضرار الادبية كما يعتد بالاضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها ممكنا على وجه معقول » ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على انه « يمكن الاعتداد بالاضرار المستقبلية على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالاجرام فى المادة ١٣٤ فقرتها السادسة » • وقضت المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى العراقى بأن حق التعويض يتناول الضرر الادبى • وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الادبى فى المسئولية العقدية ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٥٤) الى أن حق التعويض يتناول الضرر الادبى فى المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأى أن الفقه الحديث قد أصبح =

٤٧٥ — علاقة السببية (احالة) : وكذلك في علاقة السببية في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا في السبب الأجنبي وفي السبب المنتج وفي السبب المباشر ، فنكتفى هنا بالاحالة (١) . وعند الكلام في السبب الأجنبي عرضنا للخطأ المشترك (٢) ، وكيف يجوز فيه للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما (٣) .

٤٧٦ — التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية (احالة) : وقد نصت المادة ٢١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١. — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة » .

« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز لأمدنين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » .

« ٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (٤) » .

= مجمعا على جواز التعويض عن الضرر الادبى في المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدنى عراقى ، وأن كان قد ورد فى المسئولية التقصيرية اذ هي الميدان الاكثر اتساعا للضرر الادبى ، ليس الا تطبيقا لقاعدة عامة هي جواز التعويض عن الضرر الادبى بوجه عام .

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٥٤ — فقرة ٥٥ وفقرة ٥٨١ — فقرة ٦١٠ .

(٢) انظر نص المادة ٢١٦ مدنى وتاريخ النص فى الجزء الاول من الوسيط الطبعة الثالثة المجلد الثانى ص ١٢٤٣ هامش رقم ١ .

(٣) الوسيط الجزء الاول فقرة ٥٦٦ .

(٤) انظر فى تاريخ النص الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول ص ٩١٤ هامش رقم ١ .

وقد سبق من بينا في المسؤولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الاعفاء منها في حدود بينها النص (١) . وبيننا كذلك في المسؤولية التقصيرية كيف لايجوز الاتفاق على الاعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفى هنا أيضا بالاحالة (٢) .

(١) انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٣٧ — فقرة ٤٤١ .
وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تقترب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا بما ينشأ عن غشسه أو عن خطئيه الجسيم . واذن فإذا كان مسند الشحن قد تضمن شرطا باعفاء مصلحة السكة الحديد من المسؤولية الناشئة عن فقد البضائع أو تلفها بعد فوات موعد استحقاق رسوم الارضية وكان الثابت ان المرسل اليها قد تراخت في استلام البضاعة من محطة الوصول الى ما بعد استحقاق رسوم الارضية واكتشف العجز في البضاعة عند ذلك فان الحكم المطعون فيه اذ اهدر شرط الاعفاء من المسؤولية في هذه الصورة يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢٩ من مارس ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ٥٨ ص ٢٧٣) .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤ وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ — ما هو الشرط الجزائي : يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض الى القاضي كما هو الأصل ، بل يعمدان الى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط انعقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد (١) (م ٢٢٣ مدني) ، بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقا على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع (٢) وان كان هذا يقع نادرا (٣) .

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد (دي باج فقرة ١٢٠) .
(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الاخلال بوعدهم بالزواج ، اذ الاخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبري ورو) فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ . كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة ابطال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسؤولية تقصيرية . واذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فالمسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد انما هي مسؤولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها (قارب دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثا وفقرة ١٢٣) . واذا كان الاخلال بالعقد جريمة جنائية — كجريمة التهديد — واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فان هذا يكون اتفاقا مقدما على التعويض عن جريمة اى عن عمل غير مشروع (دي باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة • فشروط المقاولاتة (cahier des charges) قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبالغ معينة عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود اليه انجازه • ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطا جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الاخلال بالتزاماته المختلفة • وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها فى حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة • واشتراط حلول جميع أقساط الدين اذا تأخر المدين فى دفع قسط منها هو أيضا شرط جزائى ولكن من نوع مختلف ، اذ هو هنا ليس مقدارا معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة • ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه اذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء اجارته الأتيطان المؤجرة اليه خالية من الزراعة ، وشرط فى العقد تعويض المؤجر عن الاخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التى عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الايجار تكون ملكا للمؤجر ، كان الاتفاق الأصيل صحيحا وكان الشرط الجزائى صحيحا معه (١) •

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج فى هذا الصدد ان الشرط الجزائى أن يكون مبلغا من النقود ، كما يصح أن يكون شيئا أو عملا أو امتناعا أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديدا فى شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — انظر ايضا : نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنائية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ •

هذا والأصل فى الشرط الجزائى هو أن يكون تقديرا مقدما للتعويض كما اسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى • من ذلك أن بتفتا على مبلغ كبير يزيد كثيرا على الضرر الذى يتوقعانه ، فيكون الشرط =

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو ، نتكلم في : ١ —
شروط استحقاقه وتكييفه انقانوني ٢ — ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الاول

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني

٤٧٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها

= الجزائي بمثابة تهديد مالي . . وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيرا عن
الضرر المتوقع ، فيكسبون الشرط الجزائي بمثابة اعفاء أو
تخفيف من المسؤولية . فإذا نشأ الشرط الجزائي
غرضا غير مشروع ، كان أخفى اعفاء غير مشروع من المسؤولية ، كان
الشرط باطلا (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج
٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري
وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد
التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسئولا عنه
إذا لم يتم بحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن
الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وأعماله في حالة
الاخلال بهذا الالتزام ، أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه ،
بيعا كان أو تعهدا من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لإقرار البيع ،
وإن فاذ كان الحكم ، مع اثباته اخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد
من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لاتمام بيع منزل في حين أنه التزم
بصفته ضامنا متضامنا معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط
الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولا بأن العقد في حقيقته لا يعدو
أن يكون تعهدا شخصا بعمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ
(نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ قسم
٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير
لتقدير التعويض المستحق للمشتري في حالة اخلال المتعهد بالتزامه نحو
المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشتري
في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي (stipulatio poenae)
على هذا النحو في القانون الروماني سبيلا لتصحيح الاشتراط لمصلحة
الغير ذاته (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩) .

في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ (١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨ ، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص التقنين المدني الجديد (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٠٢ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٦٤ فقرة أولى (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشرع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، واقترته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٠ من المشرع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠) .

(٢) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « اذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل . كان الخيار للمتعهد اليه في طلب وفاء التعهد الاصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائى التزام تخييرى ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الاصلى . وهذا خطأ تشريعى (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد اضاف العبارة الآتية : « انما يجوز دائما للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الاصلى بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوصا على وجوبه لمجرد التأخر » . وبهذه الاضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطنى (أنظر والتون ٢ ص ٣٦٥ — ص ٣٦٦ — الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصرى) — التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصرى) — التقنين المدني الليبي م ٢٢٦ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من

٤٧٩ - المميز للشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكييفه القانوني هو أنه التزام تابع لالتزام أصلي (١) .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ - سبب استحقاق التعويض : قدما أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقدا كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير (٢) . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدما لكل من التعويضين .

= التقنين المدني المصري (. تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ مقرر أولي : للمتعاقدان أن يعينا مقدما في العقد أو في حكم لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المدين عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد في التقنين اللبناني والمصري .
التقنين المدني الكويتي م ٣٠٢ : إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدان أن يقدرا مقدما التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق .

التقنين المدني الأردني م ٣٦٤ مقرر أولي (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

(١) من أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرر ٨٧٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض .

٤٨١ — شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق انتعويض • وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، واعدار المدين • فهذه هي أيضا شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت الى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ — ٢٢٠ • وهذه المواد بعضها — م ٢١٥ — ٢١٧ — يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاقي لقواعد المسؤولية ، وبعضها — م ٢١٨ — ٢٢٠ — يتناول شرط الاعذار (١) •

٤٨٢ — شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي اذن الا اذا كان هناك خطأ من المدين (٢) • والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقديا كما أسلفنا القول • فاذا لم يكن هناك خطأ من المدين (٣) • فلا مسؤولية في

= الواجب ادائه • فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى • فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط اذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهي الخطأ والضرر والاعذار « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) •

(١) وكان هذا هو الحكم أيضا في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٩١ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ •

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ • وقد قضت محكمة النقض ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته • (نقض مدني في ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠) •

(٣) ووقوع خطأ من المدين يترك الى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ • وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا نس في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصرا او غير مقصر حسبما يترأى لها من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا القيد (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة مصر رقم ١٨ ص ١١٣٠) • =

جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقا • ومن ثم لا محل لأعمال الشرط الجزائي ، فما هو الا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا •

٤٨٣ — شرط الضرر • ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك اذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن • ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ، ولا محل لأعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة (١) •

ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلا للتردد في عهد التقنين المدني السابق •

أما في القانون الفرنسي ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه « اذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى

= والدائن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبء اثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) • وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه وجود خطأ من المدين ، ولا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا في العقد ، لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما ينشأ الحق في التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض دعوى فسخ عقد البيع المرفوعة من الطاعنة على المطعون ندهما استنادا الى انها قاما بدفع باقى الثمن في الوقت المناسب ، مما مؤداه انتقاء الخطأ في حقهما ، وهو ما يكفى لحمل قضاء الحكم برفض طلب التعويض ، ولو كان مقدرا في العقد ، فإن النعى على الحكم يكسبون على غير أساس : نقض مدنى في ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ •

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ • وقضت محكمة النقض بأنه لا يكفى لاستحقاق التعويض الاتفاقى مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام ، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن ، فإذا اثبت المدين انتقاء الضرر سقط الجزاء المشروط (نقض مدنى في ١٤ مسن نوفمبر سنة ١٩٦٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥٢ ص ١٦٦٨) •

لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل (١) « فذهب القضاء الفرنسي الى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو أم يثبت الدائن أن هناك ضررا أصابه ، فان اتفاق الطرفين على شرط جزائي ، وتقديرهما مقسداً لتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن اخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه (٢) .

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٢٣ / ١٨١ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : « اذا كان مقدار التضمين في حيلة عدم الوفاء مصرحا به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . ومع أنه كان واضحا أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي سالفة الذكر ، فان القضاء المصري ظل مترددا ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط اثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب اثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف في كل من القضايا الوطنية والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن . (٣) .

(١) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1152 : Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

(٢) ويكون الغرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٦٨) .
(٣) كان القضاء الوطني مترددا في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف اهلى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٢٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة =

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقسوع
الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ،
وقنن القضاء المصري الوطني والمختلط على الوجه الذي قدمناه . وهذا

= الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لاشرط اثبات وقسوع
الضرر : استئناف أهلى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٨
— ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١١
المجموعة الرسمية ١٢ رقم الشرائع ٢ ص ١٢٨ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣
الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ .
ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ،
وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي (٢ ديسمبر
سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١) .
غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر
المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة
١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠ .

وكان القضاء المختلط مترددا كذلك . فمن الأحكام ما قضت
بوجوب وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠
م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفمبر
سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير
سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ — ومن
الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف
مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩
م ٢١ ص ١٧٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة
الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب
وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف
مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — انظر
ايضا في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص
٢٦٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥
م ٥٨ ص ١٧) . وبقي الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء
اثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠
ص ٢١٤ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة
١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الاثبات الى المدين فيكلف بنفسه وقوع
الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ — ٩ ديسمبر
سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص
٣٨١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن
مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد — كما
سنرى — أن عبء الاثبات ينتقل الى المدين ، وهو الذي عليه ان يثبت
ان الدائن لم يلحقه ضررا (انظر في القضاء المصري في عهد التقنين المدني
السابق الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

هو ما جرت به الفقرة الاولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي ، بالنسبة الى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعيا في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن اثباته . وعلى المدين ، اذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعبء اثبات الضرر اذن — خلافا للقواعد العامة — ينتقل من الدائن الى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على اجازة العقد الخاص باثراكه في ادارة ~~مبنى~~ يرسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه اذا أخسل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معيناً بصفة تصويص ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخسل بالتزامه — فحق عليه التعويض — عبء اثبات أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم اشراكه في العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر في الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الاسباب التي أوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينمى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدنى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كان اشتراط الدائن في العقد جزاء مقدما عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جائزا ولا مخالفة فيه للنظام العام ، وكان المدين لم دع في كافة مراحل التقاضي أن ضررا لم يعد على الدائن من تقصيره في تنفيذ تعهده فان الحكم اذ قضى بالتعويض المتفق عليه في العقد لا يكون قد خالف القانون : نقض مدنى في ١٤ من ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٢٤ ص ٩٤٦ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الشرط الاضافى السوارد في العقد قد الزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها ، فان تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعيا في تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن باثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) في هذه الحالة عبء اثبات انتفاء الضرر اعمالا للشرط الجزائي : نقض مدنى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ٩٧ ص ٦٤١ .

وقضت محكمة النقض كذلك بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت

٤٨٤. — شرط علاقة السببية : ولا يستحق الشرط الجزائي الا اذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر . . أما اذا انتفتت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ، أو انتفتت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا نتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض ، فلا محل اذن لاعمال الشرط الجزائي (١) .

٤٨٥. — شرط الاعذار : والاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، في جميع الأحوال التي يجب فيها اعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للاعذار ، فانه لا يشترط (٢) . وقد تقديم ذكر كل ذلك تفصيلا . وما دام التعويض لا يستحق الا بالاعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فانه اذا لم يتم الدائن بأعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقا ، ولا يكون ثمة هناك محل لاعمال الشرط الجزائي (٣) .

= ان الطاعن اخل بالتزامه بتوزيع باقى الكمية المتعاقدة عليها ، فيسكون مسئولا عن التعويض ، وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض ، فان هذا الشرط الجزائي يقتضى ان يكون على الطاعن عبء اثبات أن مورث المطعوز عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد : نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٤٢ ص ١٤٢٧ .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائى . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا من جراء سبب أجنبى لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالى) . بيد ان الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحا بوصفه اشتراطا من اشتراطات التشديد من المسؤولية ، يقصد منه الى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ — ص ٥٧٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للاعذار فى شرط جزائى للالتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — ص ٥٧٥ . وكان هذا هو ايضا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (م ٩٨ مدنى اهل) : استئناف اهلى ٢ مايو سنة =

وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدنى فى استحقاق الشرط الجزائى الى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالاعذار (م ٢١٨ — ٢٢٠ مدنى) (١) . وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائى لا يعفى من الاعذار ، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقا صريحا أو ضمنيا على اعفاء الدائن من اعذار المدين (٢) .

المبحث الثانى

التكييف القانونى للشرط الجزائى

٤٨٦ — الالتزام بالشرط الجزائى تابع للالتزام الاصلى : قدمنا أن الالتزام بالشرط الجزائى هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الاصيل الذى يتبعه الالتزام بالشرط الجزائى فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .

ويتربى على أن الالتزام بالشرط الجزائى التزام تابع أمران : (أولا) أن العبوة هى بالالتزام الاصلى لا بالشرط الجزائى . (ثانيا)

= ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٩ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ — مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ — استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ — ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(١) انظر أيضا المادة ١٢٣ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) انظر آتفا مقرة ٤٦٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم استحقاق التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) لتخلف شرط الاعذار ، فلا يجوز له التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بهذا السبب الذى لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع . (نقض مدنى فى ٥ - مدين ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩)

بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي .

٤٨٧ — العبرة بالالتزام الاصيل لا بالشرط الجزائي : لا يستطيع الدائن أن يطالب المدين الا بالالتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكنا . كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن الا الالتزام الأصلي (١) . وانما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين . أما اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي ليس الا تقديرا لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضا ما .

ويجبني على ما تقدم أن الشرط الجزائي — كالتعويض — لا يعتبر التزاما تخييريا ولا التزاما بذليا . فهو ليس بالتزام تخييرى ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب الا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكنا (٢) . ولأن المدين هو أيضا لا يملك هذا الخيار ، بل هو

(١) استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك نتبين عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المسمى الوطنى السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى . فالمادة ٩٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق كانت توهم أن الشرط الجزائي التزام تخييرى الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعى سبقت الإشارة اليه . وقد اصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدنى المخطط هذا الخطأ بأن أضافت : « انما يجوز دائما للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الاصلى بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوحا على وجوبه لجرد التأخر » . وقد مر ذكر ذلك (انظر اتفا ص ١١١٥ هامش رقم ٢) .

أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى فتتضمن على انه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام الاصلى » . وهذا النص يوهم أيضا أن الشرط الجزائي التزام تخييرى الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر فى فرنسا على الوجه الصحيح ، =

لا يستطيع الا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالالتزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي اذا كان ممكنا الى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي (١) .

وانما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ، يبقى ببقائه وينقضى بانقضائه ، فاذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضا تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

٤٨٨ — بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ولا عكس : واذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فاذا عقد الالتزام الأصلي غير ذى أهلية أو غير ذى صفة ، أو تعمد شخص بارتكاب جريمة والا دفع مبلغا معيناً

= فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي اذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصلي ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائي اذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي وكان هذا التنفيذ ممكنا ، وكل ما يعنيه النص هو أن وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٥) .

(١) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ فقرة ١٣٦١ — ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي التزاما معلقا على شرط ، بل هو التزام بسيط . والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فإنه لا يستحق الا اذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين (لارومبيير ٤ المادة ١٢٢٨ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٤٣١ — هيك ٧ فقرة ٣٧٠ ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٤٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٦) . وانظر في تكييف الشرط الجزائي مقالا للأستاذ سيرانوفاشيرو (Seirano Facio)

في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في القانون الفرنسى وفي القوانين اللاتينية الامريكية (المجلة الدولية للقانون المجلد ١٩٤٩ ص ٢١٥) .

كشروط جزائي ، تكن كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلا (١) .

ولكن اذا كان ان شرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي المتزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حاوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الاجراءات الواجبة قانونا أو أن يتملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلي (٢) .

(١) استئناف مختلط ٣٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائي ، ولا يجوز للمالك الحقيقي العقد فيبطل المشتري البيع ويتقاضى الشرط الجزائي . والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعا لالتزام باطل ، بل هو بيع ملك الغير ، والإلزام الشرطي الجزائي ذاته باطل أيضا ، وإنما هو تابع لالتزام ناشئ عن مسئولية البائع ملك غيره ، وهي مسئولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائي (انظر آتفا مقرة ٤٧٧ في الهامش . وقارن أوبري ورو ٤ مقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريميز وردوان ٧ مقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما اذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائي ، فيكون الشرط الجزائي تابعا للالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائي ، وسيأتي بيان ذلك — اسماعيل غانم ، المرجع السابق مقرة ٤٩ — عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق مقرة ٦٣ .

(٢) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدني الفرنسي على أن « بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي » . وانظر هيك ٧ مقرة ٣٦٨ — لوران ١٧٨ غقرة ٤٢٨ — أوبري ورو ٤ مقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري وبارد ٢ مقرة ١٣٥٧ — ديموج ٦ مقرة ٤٦١ — مقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : « اذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلا مثله . مثل ذلك ان يتعهد شخص بالآ يطلق زوجته حتى لو خانت الامانة الزوجية ، والا دفع لها مبلغا معيناً على سبيل التعويض . هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللاداب (انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) ولكن للزوجة شرعا ان تشترط على زوجها تطليقها ، كما لها ان تشترط عليه الا يتزوج عليها ، والا طلقت =

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضا أن الدائن إذا اختلر ، عند اخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ، ويطلب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقا للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطلب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي (١) .

= منه واستحقت تعويضا ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر الا اذا ثبت أنه جائر وغير مقبول متناسب بالمرّة مع الضرر الذي سببه الطلاق (شبين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن اذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك ان يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به بفسخ الالتزام الأصلي . مثل ذلك ان يتعهد ممثل بالأ يظهر على مسرح معين ، والا التزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته ، الشرط الجزائي في هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام اذ هو قيد خطر على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملتزما بالأ يظهر على هذا المسرح المعين ، فان فعل كان مسئولا عن التعويض ، وتولى القاضي تقديره . ويمكن في هذه المناسبة ان نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلو حورنا المثل المتقدم وجعلناه للالتزام شرطيا ، بأن يتعهد الممثل في الأصل ان يعيش في مكان مقفل طول حياته اذا ظهر على مسرح معين ، فان الالتزام الأصلي هنا يكون اقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين ، ولما كان الالتزام الأصلي باطلا ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع في الفرض الآخر وهو فرض الشرطي الجزائي . على اننا نرى ان تكييف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه الى نية المتعاقدين ، ولا شيء يمنع القاضي ، حتى بعد التحويل المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه شرط جزائي « (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٦) . قارب أيضا دي باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي ، من شرط واجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائي ، فيضير هذا الشرط موضوعا وصف الالتزام الأصلي (لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٧٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ — دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكرر ثلاثا — قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١) .

٤٨٩ — تمييز الشرط الجزائي عما يشته به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائي على النحو الذي قدمناه أن هذا الشرط قد يشته بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشته بالعربون وبالتهمديد المالي ، فيجب تمييزه عما يشته به .

٤٩٠ — تمييز الشرط الجزائي عن العربون : إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشته العربون بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد (١) .

= وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن ، تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدني في ٢٥ من مارس سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٣ من ٤٠١ .

كما قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد ، سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن ، تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدني ٢٥٤ مارس سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٦٣ من ٤٠١ .

وقضت أيضا محكمة النقض بأن الشرط الجزائي — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن : نقض مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠١ من ١٠٢٠ .

(١) أنظر ديموج ٦ فترة ٤٥٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشارطة ، سواء أكانت بيعا أم معاوضة أم اجارة أم أي عقد آخر ، والعربون بهذا =

ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائي ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

١ — العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع . ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أى ضرر ، أما الشرط الجزائي فلا يستحق الا اذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا (١) .

٢ — العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذى أصاب المتعاقدين الآخر من جراء العدول عن العقد مناسبا للعربون أو غير مناسب ، بل أنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتى القول فى ذلك .

٣ — يمكن تكيف العربون بأنه البديل فى التزام بدلى . ففى البيع مع العربون مثلا ، يلتزم المشتري التزاما أصليا بدفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع ، وله اذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي — دفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع — الى محل يدلى هو دفع مبلغ العربون فى غير

= المعنى ليس خاصا بعقود البيع وحدها ، (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(١) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — اول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٤٢ .

ويختلف الشرط الجزائي عن العربون فى ان الاول اتفاق مسبق على تقدير التعويض ، فى حين أن دفع العربون وقت إبرام العقد ليس تقديرا مستبقا للتعويض ، وإنما هو يعنى العدول اذا سكنت المتعاقدان عن بيان دلالة . فاذا عدل من دفع العربون فقدده ، واذا عدل من قبض العربون رد مثليه اسماعيل غانم ، السابق ص ١١٩ .

مقابل (١) أما الشرط الجزائي فتكليفه القانوني هو تكليف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخيري ولا هو بالتزام بدائي . ومن ثم لا يكون المدين حرا — بخلاف المشتري في المثل المتقدم — في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي اذا كان هذا التنفيذ ممكنا الى تنفيذ الشرط الجزائي . بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي اذا طلب اليه الدائن ذلك (٢) .

وينبغي — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى — « الرجوع الى نية المتعاقدين لمعرفة ما اذا كانا ارادا بالعربون تحديد

(١) وذهب رأى في الفقه في فرنسا ومصر الى القول بان البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط واقف والشرط الواقف هو عدم العدول عن البيع وذهب هؤلاء الفقهاء الى القول بان هذا التكليف هو الذى ينفق وما يذهب اليه ارادة المتعاقدين . في حين يذهب رأى آخر الى ان الشرط الواقف هو ان يكون البيع معلقا على شرط واقف . وهذا الشرط الواقف هو عدول واحد المتعاقدين عن العقد في مدة معينة .

وينعيب تكليف البيع بالعربون بأنه فقد معلق على شرط واقف أو فاسخ ، أن تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ يجب أن يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعى ، فكيف يمكن مع هذا القول بالزام من عدل برد ضعف العربون أن كان هو الذى قبضه ، والزام من قدم العربون بتركه أن كان هو الذى عدل .

لذلك فقد ذهب رأى آخر في الفقه الى القول بأن العربون هو البديل في التزام بدلى . فيكون المدين بائعا كان أو مشتريا ملتزما أصلا بالالتزام الوارد في عقد البيع ودائنا في نفس الوقت بالحق الذى يقابل هذا الالتزام . وتبراأ ثمة — مع ذلك — اذا أدى العربون .

ولقد قيل في نقد هذا رأى ان الالتزام البدلى يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلى والثانى يجوز للمدين أن يثنى به بدلا من المحل الأصلى ، وليس الامر كذلك في البيع بالعربون لأن الالتزامات التى ينشئها البيع البات في ثمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ويجوز للبائع أن راجع منها جميعا اذا استعمل ما لديه حق في العدول .

راجع في عرض هذه الآراء محمد على عمران . . عقد البيع المرجع السابق السابق فقرة ٣٣ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وانظر في الفروق ما بين العربون والشرط الجزائي الوسيط الجزء الاول فقرة ١٤٢ ص ٢٣٥ — ص ٣٤٠ وص ٣٣٨ هامش رقم ٢

قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز انتقاصه ، لاسيما اذا كان الجزاء المشروط فادحا (١) » .

٤٩١ — تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالي والشرط الجزائي أن نميز بينهما من الوجود الآتية :

١ — فالتهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الدائن والمدين .

٢ — والتهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر الى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط ، أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

٣ — والتهديد المالي حكم وقتي تهديدي ، فهو لا يقبل التنفيذ الا اذا حول من غرامة تهديدية الى تعويض نهائي كما سبق القول . أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي ، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي ، فيغلب تخفيضه عند تحويله الى تعويض نهائي .

٤ — وايس التهديد المالي الا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ،

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار اية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها بما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله ان يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها ان المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعا تاما منجزا بشرط جزائي ، ولم يقصدا أن يكون بيعا بعريون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ المعنى •

هـ — والتهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه • أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو الا اذا كان تعويضا عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فاذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغا مقطوعا (forfaitaire) •

على أن الشبهة تزيد اذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ • فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى اذا ما حكم القاضى على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدما على أن يدفع المقاول مبلغا كبيرا — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل • وفى الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر انما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر • وفى الحالتين يخفص القاضى هذا المبلغ المقدر فى الغرامة التهديدية عندما يحولها الى تعويض تهائى ، وفى الشرط الجزائى عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة كما سنرى • ولكن الذى يميز بين الوضعين فى مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضى ، أما الشرط الجزائى فاتفاق يتم مقدما بين الطرفين (١) •

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائى : من ذلك الشرط الذى يضع حدا أقصى لمقدار المسؤولية (clause de maximum) فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين لا تصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلا ألا تجاوز مسؤوليتها مبلغا معيناً فى ضياع « طرد » أو رسالة ، فاذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة الا هذا المبلغ ، وان قل عنه نزل التعويض الى مقدار الضرر الفعلى • أما فى الشرط الجزائى ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدر ، حتى لو كان الضرر اقل ، الا اذا تبين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة (انظر فى هذه المسألة ديموج ٦ مقرة ٤٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٨٧١ — بيدان ولاجارد ٨ مقرة ٥٩٠) • =

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

٤٩٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المسمى على ما يأتي :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

« ٢ — ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين

= وبين ذلك ما يتفق عليه المتعاندان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المتعاقدان مع رب العمل على ميعاد معين اذا سلم العمل قبله زيد في أجره بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديدا للأجر لا شرطا جزائيا (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . وإذا اشترط في عقد ايجار الاطيان أنه « في حالة زراعة القطن مكررا يزداد الايجار المستحق بما يوازي الايجار الاصلى من القدر الذى يزرع قطنا مكررا » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطا جزائيا يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الايجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهى تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متواليتين ، ثم أعطته على هذا لاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقا لعقد الايجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذى أخذت به المحكمة متفقا تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضى الدائن أن ينزل عن جزء من الدين اذا وازب المدين على دفع الأقساط في مواعيدها المعينة ، فإن اتفقه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقا على شرط جزائي (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) .

وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتحديد ، وتقول المحكمة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشتبه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أدائه مقدما قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ يعتقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقا ، أما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وأما للاستعاضة عنه بدين جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ في جزء منه » .

« ٣ — ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .
وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتى :

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المادة ١٢٣ / ١٨١ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدنى

(١) مقترح النصوص : « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً » .
نص المشروع التمهيدي وأصبح رقمه المادة ٢٣١ من المشروع النهائى .
ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » بالعبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه » ، لأن كلمة « فادحاً » تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مبيع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإصلاح . عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ — ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ وص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣ / ١٨١ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . (هذا والتضمين المصرح به في القانون — كما ورد في النص — هو فوائد التأخر عن الوفاء ببلغ من النقود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائى) .

السوري المادتين ٢٢٥ — ٢٢٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٣٠٣ — ٣٠٤ وفي التقنين المدني الاردني الفقرة الثانية من المادة ٣٦٤ (١) .

(١) **التقنيات المدنية العربية الاخرى :** التقنين المدني السوري م ٢٢٥ — ٢٢٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري فيما عدا كلمة « فادحا » بدلا من عبارة « مبالغا فيه الى درجة كبيرة ») .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٧ — ٢٢٨ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) : ولقد وضع البند الجزائي لتعويض اندائن من الاضرار التي تلحق به من عهدهم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معا ، الا اذا كان البند الجزائي قد وضع لجرد التأخير أو على سبيل اكراه المدين على الايفاء . ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة . وللقاضي أن ينقص البند المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الاصل . (وهذا الحكم يتفق مع احكام التقنين المدني المصري) .

م ٢٦٧ : ان البند الجزائي صحيح معقول به وان كان موازيا في الواقع لبند ناف للتبعية . وانما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المدينون . (وهذا الحكم معقول به دون نص في التقنين المدني المصري) .

ويلاحظ أن التقنين اللبناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع انه نص على تخفيض الشرط الجزائي (في صورة غرامة الاكراه) اذا وجدته القاضي فاحشة . ويقول الدكتور صبحي الحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : « اما بخصوص الضرر ، فان قانون الموجبات اللبناني لم ينكر شيئا عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الاول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الاولى من محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ ايار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢) النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ من ٥٣٧ (سار وفاقا للاجتهاد الفرنسي على اعفاء الدائن من اثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض « مقبما » هي تحصيل التعويض بوجهه مقطوع قاطع للنزاع ، ومائع مبدئيا من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويصعب التوفيق في تقنين كالتقنين اللبناني بين السماح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (ولو في صورة غرامة الاكراه) اذا وحده فاحشا ، بين هذا المبدأ ومبدأ بعدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط . »

ونرى من نصوص التقنين المدني المصري سالفه الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائي على النحو الذي بسطناه ، وأصبح مستحقا ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضاه مقدما ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائي لا يستحق اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر (١) ، وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائي — كما تقول المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته .

المبحث الاول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي

٤٩٣ — حالتان : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه

« الجزائي » فانه اذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسبا مع الضرر « فأولى ألا يستحق أصلا اذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسي لا يقع فى هذا التعارض ، فهو لا يشترط اثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي « ولكنه فى الوقت ذاته لا يجيز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسبا مع الضرر .

التقنين المدني الكويتى م ٢٠٣ — ٢٠٤ (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني الاردنى م ٢/٣٦٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني المصرى مع اختلاف طفيف فى الصيغة) ولا مقابل لنص المادة ٢٢٥ وان كانت القواعد العامة لا تمنع تطبيقها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مقتضى التعويض الاتفاقي فى العقد « ان اخلال المدين بالتزامها يجعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين ، فلا تكلف الدائنة باثباته ويتعين على المدينه اذا ادعت ان الدائنة لم يلحقها أى ضرر او ان التقدير مبالغ فيه ان تثبت ادعائها اعمالا لاحكام الشرط الجزائي . (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٥٣ ص ١٦٧٦) .

كما قضت محكمة النقض بانه لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي مادام الحكم قد اثبت ان كلا من المتعاقدين قد تضرر فى التزامه . (نقض مدنى فى ١٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض السنة ٨ رقم ١٠٥ ص ١٢١) .

يجوز للقاضي أن يخفف الشرط الجزائي في حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه . . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فإن القاضي يكون قد أحترم إرادة المتعاقدين إذا خفف الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه (١) . ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدّر في الشرط الجزائي ، فيخفف هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي (٢) . ويقع عبء اثبات التنفيذ الجزئي على المدين .

(١) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق في هذا الحكم كل من التقنين المدني الجديد بنص صريح ، والتقنين المدني الفرنسي إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن « الشرط الجزائي يجوز للقاضي تعديله إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه » . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم انظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ — ص ٦٨٦ .

ولا يقتصر حكم المادة ٢/٢٢٤ مدنى على حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً بعدم التنفيذ ، بل هو ينطبق أيضاً في حالة الشرط الجزائي عن التأخير ، فيجوز تخفيض التعويض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من الجزء الذى تم تنفيذه من الالتزام أو بنسبة ما نفذ منه بغير تأخير . راجع الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٢٤ .

(٢) ويطبق القضاء المصرى هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي، عند تأخر المدين في دفع الاقساط المستحقة ، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الاقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما = (م ٢٢ لا سي الوسيط ٢٢)

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي اذا لم ينفذ المدين الالتزام الاصلى تنفيذا سليما ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذ— هذه أصلا أو نفذه تنفيذا معيبا ، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله اذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين (١) . ولكن اذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الى الحد المناسب كما سئرى (٢) .

٤٩٥ — تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه الى درجة

كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها ، فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟

= اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلى ، وإن التخفيض انما يجوز في هذه الحالة اذا كان الشرط الجزائي يصبح مبالغا فيه الى درجة كبيرة بالنسبة الى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت من وقائع النزاع ان البائع قد نفذ بعض الاعمال التي التزم بها وتخلف عن توريد باقى الاقطان المتفق عليها للمشتري فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه الى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن مما يدخل تقديره في سلطان محكمة الموضوع . (نقض مدني في ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩٥ من ١٢٣٨) .

(١) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن اذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٢) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة (قارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديوج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

رأينا أن التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٢) يقضى بأنه « إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل » . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي أياً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في المحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدما مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه ، وقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلاً ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك (١) . وغنى عن البيان أن الالتزام الأصلي إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائي خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، فإنه يجب في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي وانزال الفوائد إلى الحد المسموح به (٢) .

(١) وقد كان القانون الفرنسي القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائي (بوتيه في الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدني الفرنسي عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين في مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض المتوخى منه (بودرى وهارد ١ فقرة ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

وإذا كان هذا الحكم هو ما نصت عليه المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي ، إلا أن القانون الفرنسي أجاز في المادة ١٢٣١ مدني للقاضي أن يخفض من مقدار الشرط الجزائي إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه ، راجع مازو ، دروس في القانون المدني ، الجزء الثاني فقرة ٦٤١ .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق في مصر وفي فرنسا على حد سواء . (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — أوبري ورو ٤ =

وفي عهد التقنين المدني المصري السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضا ، كالقضاء الفرنسي ، الى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ولو بدا أن التقدير المتفق عليه في هذا الشرط مبالغ فيه الى درجة كبيرة (١) وقد كان نص التقنين السابق صريحا في هذا المعنى كنص التقنين الفرنسي ، فقد رأينا أن المادة ١٢٣/١٨١ كانت تقضى بأنه « اذا كان مقدار التضمنين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي منذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة (٢) . أما القضاء الوطني فانه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي اذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني (٣) .

= فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ — جوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(١) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك انظر العكس : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٣) وقد كانت بعض احكام القضاء الوطني تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي على وجه الاطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهلي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) — وتقضى احكام أخرى بأنه اذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطا تهديديا لا يلتفت اليه ، وأن ترجع في تقدير الضرر ، أن وجد ، =

وقد جاء التقنين المدني الجديد مقتنا للقضاء الوطني في هذه المسألة
فعدل من نص المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدني السابق بأن نص في

= الى التواعد العامة (استئناف اهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة
الرسمية ١٤ رقم ١٨ من ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية
٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة
هذا الخلاف ، فقضت بأنه اذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي
جائر وغير مقبول متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا للمتعهد اليه ، وبعبارة
أخرى اذا تبين له أن الشرط الجزائي انما هو في الواقع ونفس الأمر شرط
تهديدي ليس الا . — وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها —
فان له في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض
الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢
ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١
— انظر أيضا : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨)
وبالرغم من تحكم الدوائر المجتمعة صدر حكمان بعد ذلك من محكمة استئناف
مصر في يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القسانون اباح
الشرط الجزائي لفائدين : الاولى افعال باب المنازعة في أهمية الضرر ،
والثانية اعفاء الدائن من اثبات تحقق الضرر . فاتفق الطرفين على
التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن اقرارا بالضرر ، ويجب الأخذ
بما تدون في الاتفاق لانه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين
يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢
المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبيان الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد
في حالة عدم تنفيذ المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان
أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتما ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق
عليه لانه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض الا بعد الفراغ من مسألة
استحقاقه واعتبارها مقطوعا بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة
الدائن باثبات حصول الضرر ولا قيامه هو باثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل
منه المناقشة في مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص
٨٦٠ — وانظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة
النقض ايدت قضاء الدوائر المجتمعة في حكمها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ،
ولكن عن وقائع حدثت قبله ، اذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن
المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد ، وقصدت
التعويض الذي طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ
معين بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الاوراق المقدمة في الدعوى
ورات معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليها ، فان هذا
الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها
بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم
١١٦ ص ١٧٦ . وانظر أيضا : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة
احكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه « يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » (١) والتقنين المدني الجديد ، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي اذا كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، لا يقنن القضاء الوطني فحسب ، بل هو أيضا يجارى نزعات التقنينات الحديثة ، فان التقنين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدني الايطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصا أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، اذا كان مبالغا فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا اليها وجعلا الشرط الجزائي شرطا تهديديا لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه . ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه يخطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها السدائن على المدين ، فيكون باطلا ، ويعتمد القاضي عند ذلك الى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة القاضي (٢) . ويمكن أن يضاف الى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض الا لتقدير التعويض

= وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي كان يخضع دائما — وفقا للقانون المدني الملغى — لمطلق تقدير القاضي فلا يحكم الا بما يراه مناسبا من التعويض للضرر الذي لحق الدائن . (نقض مدني في ٢١ من مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) . ونرى مما تقدم أن هناك تدرجا في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المختلط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لايجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموجز للمؤلف مقبرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الإشارة الى هذا الحكم .

المستحق ، فهو ليس سببا في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فاذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، فإن الامر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطا يعلم مقدما أن مجحف به (١) ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي الى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائي ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه اذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة :

(أولا) أن وجود الشرط الجزائي يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضا لا يكلف الدائن باثباته . فاذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لا على الدائن عبء الاثبات (٢) .

(ثانيا) أن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع .

(١) ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة شرطا تهديديا قبله المدين ، اما تحت تأثير الضغط واما لاعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه ، فقبوله للشرط الجزائي يكون إذن عن اكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان وجود الشرط الجزائي يفترض معه ان تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي ان يعمل هذا الشرط الا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر فعندئذ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اصلا ، او اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه . (تقض مدني في ٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٨ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ من ١٤٩٠) .

فاذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة ، فعليه هو لا على الدائن عبء الاثبات (١) .

(ثالثا) ولا يكفى أن يثبت المدين أن التقدير . الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلا . فما لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى اذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه الى درجة كبيرة وخفض القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون الى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساويا للضرر (٢) : ومن ثم اذا وجد القاضي أمامه

(١) ويترك الامر لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن اثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ « هو أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئين للخطر ، فضلا عما فيه من افساد للمستخدمين الموكل اليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهم » ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بالزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تعين العناصر المكونة لقانونا للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ٣١ من مارس سنة ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٨٦ ص ٥٣٨) .

كما قضت محكمة النقض بأنه وإن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض . (نقض مدني في ٤ من فبراير سنة ١٩٧١ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٣٠ ص ١٧٢) .

(٢) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « اذا أثبت المدين أن التقدير كان نادحا » فعدلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ الى العبارة التي استقرت في التقنين الجديد : « اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة » (انظر آتفا فقرة ٤٩٢ في الهامش) . ولايستفاد من هذا التعديل أنه يمكن أن يكون من الضروري أن يصل الى درجة الفداحة والارهاق . راجع أيضا الأستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٢٥ .

شرطا جزائيا سخيا في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالبا في التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

٤٩٦ — هذه الأحكام تعتبر من النظام العام : الأحكام التي قدمناها — وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير — تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذًا جزئيًا أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأى تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذًا جزئيًا أو أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة (١) . فائقانون هنا يحمي المدين ، ويعتبر أن رضائه يمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدني تنص على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحق ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الاصطلاحي قد نفذ في جزء منه ، ويقع باطلا كل اتفاقه يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » ، وكان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذي يحكم واقعة الدعوى لا يمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامي وموكله في حالة عزله من الوكالة : نقض مدني في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٧ ص ١٧٥٧ .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

٤٩٧ — **حالتان** : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدّر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما • كذلك لا يجوز — تطبيقا للقواعد العامة — أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكئة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقى للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائي (١) • ونستعرض كلا من هاتين الحالتين •

٤٩٨ — **زيادة الضرر على التعويض المقدّر وقد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما** : إذا ثبت ، على العكس مما تقدّم ، أن التعويض المقدّر ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساويا للضرر ، بل يحكم به كما هو • ويكون الشرط الجزائي فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الاعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب

(١) وإذا اشترط الدائن ، الى جانب الشرط الجزائي ، تعويضا من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين اذا لم يسلم له كذا قنطارا من القطن مثلا ، وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والثلث الذى اشترى به الدائن هذا القطن على حساب المدين ، وهذا بالاضافة الى شرط جزائي مقدّر ، لم يجز للدائن ان يجمع بين التعويضين ، ولكن له ان يختار احدهما (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ — ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على انه يجوز الجمع بين التعويضين اذا كان كل تعويض يؤسس على ضرر غير الضرر الذى يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) •

على عدم تنفيذه التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه .
الجسيم (١) .

ومعنى ذلك أنه اذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، فان الشرط الجزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . وينبنى على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذى وقع ، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجزائى ، فان الدائن فى اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغى أن يحسب هذا الحساب (٢) .
على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تصيف الى ما تقدم أنه يجوز

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت ان الاخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملاحظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فاذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع الى القاعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . انظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧.فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على « أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وان كان موازيا فى الواقع لبند ناف للبيعة ، وانما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المدينون » .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر اليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لا يسرى على عدم التنفيذ ، فان لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقا لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغنى عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان ان يضسفا الى الشرط الجزائى أنه غير قابل للزيادة حتى فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فان هذا الاتفاق يعتبر مخالفا للنظام العام ، ولا حاجة الى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذى سبق ذكره فى احوال تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فان نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف فى ذلك . =

للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه • وينبنى على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه • ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا •

٤٩٩ — الشرط الجزائي تحايل للاعفاء من المسئولية اعفاء يتعارض

مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » • ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على اعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلاً لو تم لتعارضه مع النظام العام •

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يتفقا على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين الى اشتراط اعفائه من مسئوليته التقصيرية (١) • ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً ، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي ، متوخياً في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض (٢) •

= ويرى جانب من الفقه أنه إذا أثبت الدائن تمثي المدين أو خطئه الجسيم وجب على القاضي أن يزيد في مقدار التعويض حتى يعوض الدائن تعويضاً كاملاً عن كل ما أصابه من ضرر • اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ص ١٢٦ •
(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ •

(٢) استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦١ ص ٢٠٢ •

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ — قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضى بتقدير التعويض وفقا للقواعد التى بسطناها فيما تقدم . وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدما فى شرط جزائى على النحو الذى سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذى يتكفل فى نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض ، فهذا أمر ينبغى عدم الاقدام عليه الا فى حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الاجراء ، ويكون فى هذا المبرر القوى ما يكافئ الضرر الذى ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، فى حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذى يقع فى كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامدا فى النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التى حددها القانون فى شأن اصابات العمل . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ (١)

(١) وفى فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الذى يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن اصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت جسامه الاصابة (انظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) . ويلاحظ أن هيئة التأمينات الاجتماعية قد حلت محل صاحب العمل بعد أن صدر القانون رقم ٦٣ سنة ١٩٦٤ ، وهو القانون الخاص بالتأمينات الاجتماعية . وأصبح لزاما على هيئة التأمينات الاجتماعية أن تعوض العامل المصاب اذا حدثت الاصابة اثناء العمل أو بسببه . ولقد خالف قانون التأمينات الاجتماعية فى ذلك الحكم ما كان منصوصا عليه فى قانون التأمينات الاجتماعية الصادر سنة ١٩٥٩ والذى كان يشترط فى الاصابة لى تكون اصابة العمل أن تقع اثناء العمل وبسببه . راجع محمد على عمران فى شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٦٢٤ وما بعدها .

(وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في هذا القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعفى صاحب العمل من التعويض الا اذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل (١) . ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث الزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة الى اثبات لخطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى

(١) وبالمثل، إذا أثبت العامل خطأ جسيما في جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر في القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسؤوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى في تطبيق قانون اصابات العمل أن تنشأ الإصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شيء آخر ، ما دام العامل قد أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون اصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض عن أصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لاي من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . واذن فتمتى كان الحكم المطعون فيه تد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التي تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذي قرره غير صحيح في القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ عنه الحادث فاحشا ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقسواءد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون تقييد باللجوء الى قانون اصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . واذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ في فهم قانون اصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النعي عليه بهذا الفهم الخاطيء يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاؤه على دعامة يستقيم بها ، وهي وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحه والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) • ويلاحظ أن المبرر القوى فى هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسئولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risque) والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير فى طريقه الى النهاية وأثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية ، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يثقل عبء المسئولية كاهل من يحملها وهو انما يسأل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تيمتها (١) •

٥٠١ — التعويض القانونى عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود : وأهم حالة عمد فيها المشروع الى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض فى نصوص تشريعية هى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التعويض الذى يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام — سواء كان تعويضا عن التأخر فى دفعة أو كان تعويضا عن الانتفاع برأس المال (٢) — تحدده النصوص التشريعية فى صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد • والسبب فى ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا فى مصر فحسب ، ولا فى البلاد الاسلامية وحدها ، بل فى أكثر تشريعات العالم ، فالربا مكروه فى كل البلاد وفى جميع العصور • ومن ثم لجأ المشرع الى تحديده للتخفيف من رزاياه ، وهذا هو المبرر القوى الذى حمل القانون فى هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض

(١) انظر ايضا التعويضات المقدرة فى قانون العمل الفردى •

(٢) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التنفيذ العينى يكون دائما مستطاعا ، وقد مر القبول فى ذلك (انظر آنفا فقرة ٢١ وفقرة ٥٩ فى الهامش) •

تحديدا قانونيا في نصوص تشريعية (١) .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المبرى الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الاعذار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائدا على السعر المقرر ، وكيف أعفى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ، وكيف منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تتجاوز رأس المال (٢) . في هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستفحل فيرق المدين ، وقد يؤذنه بالافلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانيا) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

الفرع الأول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) ثم ان النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع ان يقرر سعرا للفائدة القانونية وحددا اقصى للفائدة الاتفاقية (انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي) .

(٢) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وكان ذلك جائزا ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعفى المدين في بعض حالات من دفع الفائد حتى في الحدود التي قررها ولم يعرف التقنين القديم هذا الإفساء .

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن » على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

« ١ — يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأجير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » .

« ٢ — وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

« لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرا لحقه من هذا التأخر » (١) .

(١) تلخيص النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيها عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » فقد ورد بدلا منها في المشروع التمهيدي عبارة « وكان معلوم المقدار وقت بشوء الالتزام » . وقد اقترت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقمة المادة ٢٣٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيض =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤ — ١٢٥/١٢٨ — ١٨٥ (١) .

= سعر الفائدة ، ثم استبقى السعر كما ورد في المشروع . واقتراح حذف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على المبالغ التي تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوما وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلا (١) . ويستند الاقتراح الى ان القيد ينافي قاعدة أن الأحكام مقررّة للحق . . . وفيه حماية للمباطل وانتقاص لحق الدائن . . . ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار اليه في المذكرة الايضاحية . ولم تر اللجنة الاخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد الى قاعدة اعتبار الاحكام مقررّة غير وارد ، اذ يدخل التعويض القانوني عن التأخير في تقدير التعويض القضائي فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور الا بعد اجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتي : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . واصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ — ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى مقتصرًا على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة اضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « اذا ما ثبت ان » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « اذا ما اثبت المدين ان » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الاثبات خاضعا للقواعد العامة . واصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ وص ٥٨٤ — ص ٥٨٦) .

م ٢٢٨ ، ورد هذا النص في المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . واقترحت لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .

(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤ — ١٨٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٢٧ — ٢٢٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٧١ — ١٧٣. فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢٩ — ٢٣١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٥ فقرة

= فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط اذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجاري أو القانون في أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة في المائة سنويا في المواد المدنية وستة في المائة في المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٢٥/١ من نفس التقنين تجري على الوجه الآتي : « لايجوز مطلقا أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية في المائة سنويا . ويجوز تخفيض هذا الحد الى سبعة في المائة بمرسوم ، وفي هذه الحالة لايطبق سعر الفائدة الجديد الا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المخفض الى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون الى الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها المقرض ، اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستقرة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما اثبت المقرض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدني السابق في مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ في المواد المدنية و ٩٪ في المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر الى ٥٪ و ٧٪ بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقي هذا الأمر العالي معمولاً به الى أن صدر مرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥٪ و ٦٪ . ثم نزل السعر في التقنين الجديد ، كما رأينا الى ٤٪ و ٥٪ .

وكان سعر الفائدة الاتفاقية في مبدأ الأمر ، في التقنين المدني السابق ، ١٢٪ . ثم عدل بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ الى ٩٪ ، دون أن يلاحظ في هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٤٧٨/٥٨٢ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقية في عارية الاستهلاك لايجوز أن تزيد على ١٢٪ ثم صدر المرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقى للفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم الى ٧٪ . وعدلت المادة ٤٧٨/٥٨٢ في هذه المناسبة ، فأصبحت متمشية مع المادة ١٢٥/١٨٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتي : « لا يسرى حد الفائدة التي يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار اليه في المادة ١٢٥/١٨٥ » : أي المرسوم الذي يصدر مخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك معيذاً له الى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية الى ٧٪ كما رأينا .

أولى و ٧٦٧ (١) • ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني الكويتي
ولا في التقنين المدني الاردني (٢) •

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٧ — ٢٢٩ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المصري ، فيما عدا ان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين السوري هو ٩٪) •

التقنين المدني العراقي م ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا ان المادة ١٧١ عراقى تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وان المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقى اسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد » () •

م ١٧٦ : في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المعتمد • (وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكد المادة ٩ من التقنين المدني العراقي : انظر في عدم ضرورتها الدكتور حسن الذنون في احكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧) •

التقنين المدني الليبي م ٢٢٩ — ٢٣١ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا ان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الليبي هو ١٠٪) •

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة أولى : اذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ، ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد او في القانون • (ملاحظة : جعل قانون المرافعة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ — ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ — وهو المعمول به في لبنان ، سعر الفائدة القانونية في المسائل المدنية ٩٪ • وجعل قانون التجارة اللبناني هذا السعر في المسائل التجارية ٩٪ ايضاً) •

م ٧٦٧ : اذا اشترط الفريقان اداء فائدة ولم يعيّن معدلها ، وجب على المقترض ان يدفع الفائدة القانونية • وفي المواد المدنية يجب ان يعين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية • واذا لم يعين خطأ فلا تجب الفائدة الا على المعدل القانوني •

(ملاحظة — يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبناني ان هذا التقنين لا يشترط حداً أقصى للسعر الاتفاقي ، ولكن انظر في القيود التي ترد على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٩ — ص ٣٠ — وفي لبنان يكفي الانذار الخطي لسريان الفوائد : الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٣٤) •

(٢) وقد نص التقنين المدني الكويتي في المادة ٣٠٥ على انه ١ — يتع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود او مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به ٢ — ويعتبر في حكم القانون كل منفعة او =

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : ٢ — فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ٢٠ — وفوائد تعويضية للتعويض عن الانتفاع برؤوس الأموال • ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به • ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائراتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية • فنبدأ بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية •

١ — الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ — تحديد هذه المنطقة : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تنسج لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا •

فيجب إذن أن يكون هناك : ١ — التزام بدفع مبلغ من النقود ٢ — وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب •

٥٠٤ — التزام بدفع مبلغ من النقود : أي التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق الفوائد • فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة •

ولا عبرة بمصدر الالتزام فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب • مثل ذلك التزام المقرض برد النقود التي اقترضها ، والالتزام المشتري بدفع الثمن ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والالتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً

== عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً •

من النقود • وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد (١) ، كالاتزام برد غير المستحق اذا كان ما دفع دون حق نقودا ، والاتزام بدفع النفقة اذا قدرت مبلغا من النقود كما هي العادة (٢) •

٥٠٥ - معلوم المقدار عند الطلب : والاتزام بدفع مبلغ من النقود أما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، أما الا يكون معلوم

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٢٢٦ من القانون المدني تشترط لاستحقاق الفوائد التأخيريه ان يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، ويدخل في هذا النطاق مقابل الاجازة وبديل الانذار ومكافأة نهاية مدة الخدمة أذ هي محددة بمقتضى قانون العمل وليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديدها وبالتالي فهي لاتعتبر في حكم التعويض : نقض مدنى فى ٨ من يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٩ ص ٣٨ ونقض مدنى فى ٢٠ من مارس سنة ١٩٦٨ المجموعة المشار اليها السنة ١٩ رقم ٨٣ ص ٥٥٠ •

(٢) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب الى وجوب ان يكون محل الالتزام ابتداء (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح • ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار ان التعويض هنا - وهو مبلغ من النقود - ليس الا تنفيذا بمقابل (exécution par équivalent) للالتزام اصلى هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، وليس تنفيذا عينيا لهذا الالتزام • فالنقود اذن ليست محل الالتزام ابتداء (انظر ايضا ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) • واذا كان صحيحا ان النقود ، فى التعويض عن عمل غير مشروع ، ليست الا تنفيذا بمقابل للالتزام اصلى ، الا ان هناك التزاما آخر ، انشاء القانون جزاء لهذا الالتزام الاصلى ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع • وهذا الالتزام ، اذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله ابتداء هو النقود • فهناك اذن التزامان : ١ - التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة الى هذا الالتزام ليست الا تنفيذا بمقابل • ٢ - التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع انشئ جزاء للالتزام الأول ، ومحل هذا الالتزام الثانى ابتداء هو دفع مبلغ من النقود • اما من وجهة نظر دى باج فيبدو انه لا يوجد الا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، والمحل الاصلى لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيطة ، فاذا ما أخل المدين بالتزامه تبدل المحل واصبح تعويضا اى مبلغا من النقود ، فيتغير محل الالتزام دون ان يتغير الالتزام ذاته • وسنعود الى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما بعد •

المقدار الا وقت المطالبة به . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض اذا كان ناشئا عن عمل غير مشروع ، واقتراح فى لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام « معلوم المقدار وقت الطلب » (١) . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذى يطالب به ، سواء فى ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويخضع تقديره فى جميع الأحوال لحكم القاضى . لذلك لم يعد لاشتراط « معلومية المقدار عند الطلب » أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفيا لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذى أريد بوضع الشرط اخراجه ، هو أيضا التزام « معلوم المقدار عند الطلب » (٢) .

(١) انظر آنفا - فى تاريخ نص المادة ٢٢٦ - مقرة ٥.٢ فى الهامش . وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٩ - ص ٥٨٠ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٦ من القانون المدنى تنص على انه « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتاخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد . » وقد قصد المشرع من عبارة « وقت الطلب » التى استبدلت بعبارة « وقت نشوء الالتزام » الواردة بالمشروع التمهيدى للقانون - منع سريان الفوائد المنصوص عليها فى هذه المادة على التعويض عن العمل غير المشروع من تاريخ المطالبة القضائية . والحكمة من تقرير هذه القاعدة تتحقق كذلك بالنسبة للتعويض عن الخطأ مما يرجع فيه الى تقدير القاضى المطلق لان المبلغ المطالب به كتعويض فى الحالين لا يكون =

ثم انه لا ضير من ادخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد ، لأن الذي يقع هو « أن القاضى يقدر مبلغا من النقود تعويضا عن الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول والضرر الناشئ عن التأخير الى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين في مبلغ واحد .. ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقا للقواعد العامة (١) » وقد يطلب المضرور في

= « معلوم المقدار وقت الطلب » . ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى في دعوى التعويض عن خطأ تعاقدى بالفوائد عن مبلغ التعويض المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية فإنه يكون قد خالف القانون في خصوص تحديد بدء سريان الفوائد التي لا تستحق في هذه الحالة إلا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى الصادر بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار : نقض مدنى في ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٢ — مجموعة احكام النقض السنة ١٣ رقم ٣٩ ص ٢٥٣ ونقض مدنى في ١٢ من ديسمبر ٦٢ — المجموعة السابقة السنة ١٤ رقم ١٦٣ ص ١١٣٩ — كما قضت بأن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار ان يكون تحديد مقداره قائما على اسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رجة في التقدير . وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضى تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه ايا كان مصدره كلما كان تقدير هذا التعويض خاضعا لمطلق تقدير القاضى : نقض مدنى في ١٨ ابريل سنة ١٩٦٣ — مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ٧٩ ص ٥٥٤ — وقضت أيضا بأنه متى كانت المطالبة القضائية بالتعويض قد تمت بعد العمل بالقانون المدنى القائم فإن الفوائد عن هذا التعويض لا تسرى الا من تاريخ الحكم النهائى ، واذ قضى الحكم المطعون فيه بفوائد هذا التعويض عن مدة سابقة على صدوره فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون : نقض مدنى في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٤٠ ص ١٨٥٧ .

(١) قارن الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ، حيث يذهب ، في الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الى أنه « اذا صدر حكم القاضى بتحديد المبلغ الذى على المدين اداؤه ، فان الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضى دون حاجة الى مطالبة قضائية جديدة او انذار ، تطبيقا للمادة ٢٢٠/ب » .

الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية (١) ، ومن ثم لا يحتاج الى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تاريخ الحكم النهائي بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذي يبتدىء منه بالتالي استحقاق الفوائد ، فلا يحول دون الحكم بها القول بانها لم تترتب بعد في الذمة ، ذلك ان القضاء بالفوائد انما هو تقدير لحق الدائن فيها قبل مدينه اذا تأخر في الوفاء : نقض مدني في ١٨ من ابريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ٧٦ ص ٥٥٤ .

كما قضت بان مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني والاعمال التحضيرية لهذه المادة ان لا تسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية الا على المبالغ التي تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى . والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار ان يكون تحديد مقدارها قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة وهذا التعويض هو مما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره فان تحديد المالك ما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي يقصده القانون وانما يصدق عليه هذا الوصف بصور الحكم النهائي في الدعوى : نقض مدني في ٢٥ من يونيه سنة ١٩٦٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٣٦ ص ٨٧٨ ونقض مدني في ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٦٤ ص ١٣٨٧ .

وقضت أيضا بان المادة ٢٢٦ من القانون المدني تشترط لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ان يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار ان يكون تحديد مقدارها قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، واذا كان التعويض المستحق للطاعنين عن حرمانهم من الانتفاع بالمنشآت المراد اقامتها هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ، فان تحديدهم لما يطلبونه في صحيفة دعواهم لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده القانون ، وانما يصدق عليه هذا الوصف بصور الحكم النهائي في الدعوى ، فلا تسري الفائدة عليه الا من تاريخ صدور الحكم النهائي : نقض مدني في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٥ ص ١٨٥٨ .

(٢) الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٣ وهامش رقم ١ — انظر أيضا في استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص =

وجملة القول انه لا حاجة لقيد « معلومية المقدار وقت الطلب » ،
فهو اما قيد صوري ، واما قيد غير ضروري . وتصبح منطقة استحقاق
الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود (١) ، أيا كان مصدر

= ٢٤٦ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٠ ص ٣١ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م
٤٠ ص ٨١ ، وفي جواز أن يضيف القاضي الى التعويض الاصلى تعويضا
تكميليا عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ -
١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص
٣١ . ومع ذلك انظر في أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق
عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث اذا رأى القاضي أن هذا ما يقتضيه
التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠
ص ٨١ ، وفي أن القاضي يقدر في بعض الحالات تعويضا كافيا لتغطية الضرر
من وقت وقوع الحادث الى وقت الحكم : استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة
١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٦ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - ٧ ديسمبر
سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

(١) وقد جرت أحكام القضاء على التفرقة بين حالتين (الاولى) اذا كان
مبلغ النقود المطالب به معلوم المقدار منذ استحقاقه ، فهنا تسرى الفوائد
عنه من تاريخ المطالبة القضائية ، يستوى في ذلك أن تكون قد ثارت منازعة
في استحقاق المبلغ كله أو بعضه أو لم تثر اذ ليس من شأن تلك المنازعة
أن تنفي عن المبلغ المطالب به أنه معلوم المقدار لقيام استحقاقه على أسس
ثابته ومن ثم لا يكون للقضاء سلطة رحبة في تقديره (والحالة الثانية) اذا
كان المبلغ المطالب به غير محدد المقدار وقت استحقاقه بل يرجع في ذلك الى
تقدير القاضي المطلق ، كالمطالبة بالتعويض سواء عن خطأ تعاقدي أو عن
خطأ تقصيري ، ففي هذه الحالة لا تسرى الفوائد عنه الا من تاريخ صدور
الحكم النهائي بالتعويض ، باعتباره التاريخ الذي يصبح فيه التعويض معلوم
المقدار .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس من شأن المنازعة في استحقاق
مصلحة الجمارك الطاعنة للمبلغ المطالب به كرسوم جمركية دون مقدارها
ما يصح معه القول بأن المبلغ المطالب به غير معلوم المقدار وقت الطلب ،
مادام أنه ثبت استحقاق الطاعنة ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه اذ أسند
تاريخ الفوائد الى تاريخ الحكم النهائي مخالفا في ذلك نص المادة ٢٢٦ من
القانون المدني ، فإنه يكون مخطئا في تطبيق القانون : نقض مدني في ١٩
ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٢ ص ١٤٢٥ -
كما قضت بأن المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب
كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقا لنص المادة
٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضا خاضعا في
تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما حيث يكون التعويض مستندا الى أسس =

هذا الالتزام (١) .

= ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رغبة في التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين في مقدارة ، اذ ليس من شأن منازعة المدين اطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدودة على حسم النزاع في حدود الاسس المتفق عليها ، واذا كان عقد التأمين قد تضمن التزام شركات التأمين بالتعويض على اساس القيمة المؤمن بها او الاسعار الرسمية او السوقية بجهة التصدير ايها اقل ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بسريان الفوائد التأخرية من تاريخ الحكم استنادا الى ان التعويض المطالب به غير خال من النزاع مقدما وغير محدد المقدار ، فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون : نقض مدني في ١٤ يونيو سنة ١٨٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٥٧ ص ١٣٥٢ - كما قضت محكمة النقض بأن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار هو أن يكون تحديد مقدارة قائما على اسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، واذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى بطلان الاتفاق موضوع الدعوى بخصوص ما تضمنه من تحديد الاتعاب بنسبة ٢٥٪ وقدر في حدود سلطته الموضوعية اتعاب الطاعن وهو محام بمبلغ ٣٢٥ جنيها ثم اعتبر هذه الاتعاب غير معينه المقدار وقت الطلب ورتب على ذلك ان الفوائد المستحقة عن المبلغ المحكوم به لا تسري الا من تاريخ صدور الحكم ، فإنه لا يكون قد خالف القانون : نقض مدني في ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٩٧ ص ٥١١ - وقضت محكمة النقض ايضا بأنها اذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه على اخلال الطاعنة في تنفيذ التزامها بتسليم المطعون ضده كميات الارز المتفق عليها مقابل كميات الذرة التي تسلمها منه بالفعل ، وكان ما قضى به الحكم لا يعدو أن يكون تعويضا عن اخلال الطاعنة في تنفيذ تعاقدها مع المطعون ضده ، وهذا التعويض لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى بل يخضع تقديره لسلطة القضاء ، ومن ثم فإن الفائدة القانونية التي تستحق عن التأخير في الوفاء به لا تسري الا من تاريخ الحكم النهائي به : نقض مدني في ١٦ ابريل سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ح ٢ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ .

(١) وفي قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت اترية لهذا الغرض من ارض المطعون عليها ، فرفعت هذه قضية على الحكومة وطالبتها بتعويض قدرته بمبلغ معين واضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥٪ . فحكم لها بذلك ، ابتداءيا واستثنافيا . فطعننت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض في اسباب حكمها : « ومن حيث ان الطعن مبني على سبب واحد ، يتحصل في ان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القسانون وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدني أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلا للقضا بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير =

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي :
كما قدمنا ، اما فوائد تأخيرية واما فوائد تعويضية . فننتقل الآن الى
بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين .

= في الوفاء به ، ولا يكون كذلك الا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعتها في مقداره أن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعنة تعلم الى أن صدر الحكم النهائي بمبلغ ما يتعين عليها دفعة ، والحكم هنا منشئ لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضى به القانون . . . ومن حيث أن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه أذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ١٢٤ مدني (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعي عليها (الطاعنة) وان اختلف في تقديره ، الا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعي عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسميا ، لان الأحكام مقررّة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدى بنص المادة ٢٢٦ مدني جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن » (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكفي محكمة النقض — في رأينا — أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ . اذ هو لم يخطئ فعلا لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . ومادامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغا معينا من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاما بدفع مبلغ من النقود « معلوم المقدار عند الطلب » ، على مقتضى التقنين الجديد . وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخيرية عن هذا المبلغ تسري من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا بما فعلته ، فتضى لها به ابتدائيا واستثنائيا .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأى الذي نذهب اليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود اذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . نقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار الا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع (الذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدني) مع هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . فذلك بأن سلطة محكمة النقض الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي . مما يفنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع =

٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ — شروط المسؤولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود —

كيف حورت : حتى تتحقق مسؤولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر • يضاف الى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، اعذار المدين • ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة الى مسؤولية المدين عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه في الأصل •

أما خطأ المدين في التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر في ذاته • ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك • ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر في الوفاء (١) •

= مبلغ التعويض • ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطب (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) • ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق • ففي كليهما يحدد المدعى في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعى عليه ، « وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » •

(١) قارن كولان وكايتان وموراندير ٢ فقرة ١٦٨ . حيث يبدو أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية مجرد التأخر في تنفيذه يكون خطأ •

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدنى تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذى فى ذمته يحدث ضررا للدائن . فلا الدائن فى حاجة الى اثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفى وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضا غير قابل لاثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضا — كالضرر — مفروضة فرضا غير قابل لاثبات العكس (١) ، والسبب فى افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذى لم يستوف المبلغ من النقود الذى له فى ذمة مدينه فى الميعاد الواجب يكون حتما فى أحد موقفين . فإما أن يكون فى حاجة الى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها متربصا فى سداد القرض وغاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . واما أن يكون فى غير حاجة الى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة أستغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه فى الميعاد لكان فى مكنة الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضا أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة الى استبقاء هذين

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى عهد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللى م ١٨٢ فقرة ٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضا حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣ فقرة ٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٧) .

الشرطين — الضرر وعلاقة السببية — ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بالمبلغ من النقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضا لا يقبل فيه اثبات العكس .

أما اعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضا ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحولت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر في دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر في شرطين اثنين لا بد من توافرها لاستحقاق الفوائد التأخيرية : ١ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : ٢ — مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يكفي أن يتأخر المدين

في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذي يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى بينه القانون وسيأتي ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . فإذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتي ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد

قانونية ، وهى فى الحالين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires). (١) •

وهذه الفوائد التأخيرية إنما هى « على سبيل التعويض عن التأخر » كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهى تعوض الضرر الذى يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه • أما اذا أثبت الدائن أن هناك ضررا لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلى بالشروط التى سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدنى) •

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبى نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلى • ويقضى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صيغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبى آخر كان متداولاً قانوناً فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر » • وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التقصيرية وبدعوى النقص بمبلغ يساوى ما خسر من جراء نزول الجنيه المصرى ، فان ذلك يكون تحايلاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب (٢) • ولكنها قضت فى أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون

(١) وإذا كانت الفوائد التأخيرية يشترط لاستحقاقها تأخر المدين فى الوفاء ، فإن فائدة الاستثمار أو الفائدة التعويضية ، وهى التى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن ، فإنها لا تسرى إلا من وقت الانقضاء إذ أنها فائدة عن دين لم يحل استحقاقه • فإذا حل أجل الدين ولم يدفع المدين الدين استمد سريان هذه الفائدة الاتفاقية وأصبحت فائدة تأخيرية الاستاذ عبد المنعم البدر اوى • المرجع السابق فقرة ٨ •

(٢) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ •

الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة (١) .
فإذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت في خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فان الضرر الذي أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً الى سبب مستقل عن التأخر في الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب عنه بتعويض تكميلي الا اذا أثبت أنه ضرر تسبب فيسه المدين بسوء نية ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدني التي سيأتي ذكرها (٢) .

على أن القانون قد ينص في حالات خاصة على دفع تعويض تكميلي بالإضافة الى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدني من أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعدار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء (٣) » .

(١) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ — انظر في هذه المسألة الوسيط الجزء الأول (الطبعة الثالثة — المجلد الأول) فقرة ٢٢٦ ص ٥٢٦ وهامش رقم ١ .

(٢) وذلك الا اذا قيل ان الدائن يستوفي حقه بقيمة العملة الاجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلي — انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بلانيول وريير وريوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفي القانون البلجيكي دي باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٣) انظر في هذا المعنى المادة ٥١٨/٤٢٦ — ٥١٩ من التقنين المدني السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر : استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وانظر ايضا المادة ١٨٠ من التقنين التجاري (المواد ١٦٣ — ١٦٥ تجاري فرنسي في كميالة الرجوع ، وهي كميالة جديدة يسحبها حامل الكميالة الاصلية على صاحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكميالة الاصلية المعمول عنها البروتستو والفوائد وكذلك المصاريف . وانظر في التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع = (م ٧٤ — الوسيط ج ٢)

٥٠٨ — مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية :
والشرط الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن

= وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة : نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن ويتعويض فوق ذلك (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٩٩ — فقرة ٥٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدنى المصرى فتقتضى بأن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (انظر في التقنين المدنى السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولالها . فلو تأخر ممول في الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغا أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائدا دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانياتها تخضع لنظم غير النظم التى تخضع لها الأفراد (انظر في هذه المسألة بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٩ — فقرة ٥١٠ — ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضى بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التى يحكم عليها بردها للممولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، اذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعنى مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها عن المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من الممولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها الضرائب من الممولين إنما تباشر سلطة عامة مقرر لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصا من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوامر واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول إيقاف استحقاقها الا اذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهى لاتجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية — ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار اليها لا تعنى مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للممول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملاً . ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة أنها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أى مدين . . . أما التحدى بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التى تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بفوائد =

المدين بهذه الفوائد مطالبة قضائية (١) (demande, citation en justice). فلا يكفي مجرد اعدار المدين كما كان ذلك يكفي في التعويض عن التأخير في غير الفوائد التأخيرية (٢) . وهذا ما يقضى به صريح نص المادة ٢٢٦ اذ تقول : « وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره (٣) » .

= من المبلغ التى يحكم عليها بردها للممولين فمردود بأنه تشريع مستحدث ليس له اثر رجعى ، فلا يسرى على الفوائد القانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسرى فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاده ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هي ٤% لا ٥% (نقض مدنى ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونية ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٤٢) .
(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٢ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .
(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ — ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(٣) وقد كان هذا هو الحكم ايضا في عهد التقنين المدنى السابق بنص صريح (م ١٢٤/١٨٢ — ١٨٤) : استئناف اهلى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ — وقارن : ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الاضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل في الدعوى وادخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . واذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فان الفوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ — المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك اذا سقطت الخصومة او تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ — وتبقى الفوائد سارية ما دامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . واذا رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصرى ان الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — اول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٧ — ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — اول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٧ —

ولا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالاضافة الى الدين ذاته (١) . وقد كانت هذه المسألة مختلفا فيها في عهد التقنين المدني

= ١٥٢) ، ولكن قضى مع ذلك بأن رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسي كان مستقرا على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصري المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسي في هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الاعذار كافيا لسريان الفوائد ، أصبح طبيعيا أن يذهب القضاء الفرنسي الى أن صحيفة الدعوى المرفوعة الى محكمة غير مختصة تعدل الاعذار وتجعل الفوائد تسرى (بودرى وبارد ١ مقرة ٥١١ — مقرة ٥١٥ — ديموج ٦ مقرة ٣٨٣ — مقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبيير وزفوان ٧ مقرة ٨٨٣ — مقرة ٨٨٦) .

ولا يكفي لسريان الفوائد التأخيرية التثبيت (commandement) : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٧٦ ، ولا حجز ما للمدين لدى الغير اذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولا طلب تقدير الاتعاب ، أو اعلان أمر التقدير مع التثبيت بدفع الاصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ — ١٦ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ — اسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول في التوزيع أو في التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن بدء سريان الفوائد القانونية الجائز الحكم بها إنما يكون من تاريخ طلبها هي لا من تاريخ رفع الدعوى بالمبلغ الاصلى : نقض مدني في ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٧٩ ص ١٢٣٧ — كما قضت بأن من شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية بالمطالبة القضائية بها ، وهذه الفوائد على ما تقضى به المادة ٢٢٦ من القانون المدني لا تسرى الا من تاريخ هذه المطالبة ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها ولا يغنى عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب اصل الدين اذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفوائد لانها لا تستحق الا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات : نقض مدني في ٦ من يونيو سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٦٧ ص ١١٢٠ .

السابق لعدم ورود نص صريح في ذلك (١) ، وقد ورد هذا النص في التقنين المدني الجديد فحسم الخلاف في ذلك (٢) .

وقد تشدد القانون في تحديد مبداء سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الاعذار ، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة ، وذلك تنكرا منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الاعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة الى مطالبة قضائية أو الى اعذار (٣) . وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقي للفوائد التأخيرية ، فان الدائن يشترط على المدين أن

(١) فمن الاحكام ما كان يكفي بالمطالبة القضائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — اسنة ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ — طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ — محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دي تريبيون ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يذهب الى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتها ولا تكفى المطالبة برأس المال (استئناف اهلى ٣١ اكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف اسيوط ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ — بنى سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(٣) استئناف اهلى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقى من وقت حلول الدين دون حاجة الى أى اجراء • ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها فى الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية •

كذلك قد يحدد العرف التجارى ميعادا آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية • مثل ذلك الحساب الجارى ، فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الاضافة ، دون حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار (١) •

وقد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت اعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين • من ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٥٨ مدنى من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشتري ، أو اذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » • فهناك تسرى الفوائد التأخيرية من وقت اعذار المشتري أو من وقت تسليم المبيع اذا كان ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى (٢) • من ذلك

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ •

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى (٥٨٨ جديد) تجعل للبائع الذى سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق فى الفوائد اذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة فى ذلك هو اجتماع المثلين فى يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما اذا كان المشتري دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق فى الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى للمادة (١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ص ٦٧٩) • راجع محمد على مهران ، عقد البيع فى القانون المدنى المصرى مقرة ١٦١ : =

ما قضت به المادة ٥١٠ مدنى من أنه « اذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء » . فهنا أيضا تسرى الفوائد التأخرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدنى من أنه « ١ — اذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اذار ، وذلك دون اخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلى عند الاقتضاء . ٢ — واذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق فى مصلحتها شيئا من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها » . فهنا تسرى الفوائد التأخرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مسده الشركة بالمال أو انفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدنى من أنه « ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لمصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لمصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب

= وقد قضت محكمة النقض بأنه لايجوز للبائع ان يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : نقض مدنى فى ٣٠ من يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٠٧ ص ١٤٩٠ .

كما قضت بأن المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعثر المشتري أو سلم الشيء المبيع ، وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى هنا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » ، مما مفاده أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسليم المشتري المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٢٣ ص ١٧٢٧ .

الوكالة من وقت أن يعذر » • فهنا تسرى الفوائد التأخيرية في إحدى حالتين من الوقت الذي استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفي حالة أخرى من وقت الاعذار • ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق • • » • فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت انفاق الوكيل ماله في تنفيذ الوكالة • وكالوكالة الفضالة ، فيكون « رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سبقتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها » (م ١٩٥ مدني) • ومن ذلك أخيرا ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون « للكيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » (١) •

٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ — منطقة الفوائد التعويضية : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تعويضا عن التأخير في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول (٢) •

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيرا منها عند الكلام في الاعذار أمثلة على حالات لا يقتضي فيها القانون الاعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية إلا صورة من صور التعويض عن التأخير (انظر آنفا فقرة ٤٦٦ وفي الهامش) وانظر في نصوص التقنين المدني السابق التي كانت تقضي بسريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التفرقة بين نوعي الفوائد التعويضية والتأخيرية باعتبار أن الأولى وحدها هي التي يجب للحكم باستحقاقها أن =

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية في التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد • والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض • فالمقترض يفتتح بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها للمقرض • وقد تجب الفوائد التعويضية في عقد البيع ، بأن يتفق المشتري مع البائع على تأجيل الثمن الى ميعاد معين في مقابل أن يدفع المشتري فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا في تأجيل الثمن وليست سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تتقلب في هذه الحالة الى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقي • وقد تجب الفوائد التعويضية في وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفا مبلغا من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية • والفوائد التي يتقاضاها حامل السند هي أيضا فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود تُقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا « كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعارضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة » •

والذي يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل — أى في مقابل بقاء هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به — الفوائد التعويضية التي يتفق عليها مع

= يكون الدين معلوم المقدار وقت الطلب ، لا أساس لها في القانون ، ذلك أن الفوائد التعويضية وإن كان يلزم بها المدين بناء على اتفاق بينه وبين الدائن مقابل انتفاعه بمبلغ من النقود لم يحل بعد استحقاقه ، في حين أن الفوائد التأخيرية لا تستحق إلا عن دين حل أجل الوفاء به وتأخر المدين في أدائه ، إلا أنه يشترط في الحاليين أن يكون محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود معلوم المقدار مقدما سواء في ذلك بالنسبة للديون المؤجلة المتفق على فوائد بالنسبة لها أو الديون الحالية التي يحصل التأخير في الوفاء بها : نقض مدني في أول نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٧ ص ١٦١٥ •

الدائن • أما اذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فان الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل الى أن يتم الوفاء ، تنقلب الى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (١) • ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدرة العقد ، فان الدين الذي يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزا من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله انما تكون فوائد تأخيرية • والعقد — أو التصرف القانوني بوجه عام — هو الذي ينشئ الدين الى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل (٢) •

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة • فمنهم من يرى ان الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين الى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأي الذي نأخذه (لوران ١٦٦ ، غقوة ١٦٦ م — بودرى وبارد ١٦٦ م — ٥٠٦) • ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهي سريانها بحلول أجل الدين ولا تستحق الفوائد التأخيرية الا من يوم الأعدار (المطالبة القضائية في مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دي باج ٣ فقرة ١٤٣) • على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له • ذلك أن المقرض اذا اشترط سعرا للفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط — ما لم يظهر عكس ذلك في وضوح — أن يكون هذا السعر الاتفاقى هو ايضا سعر الفوائد التأخيرية وأنه يسرى من وقت حلول أجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الأعدار •

(٢) على أنه يمكن ، وفي شيء من التحوير ، أن نتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد في القرض الاتى : يلتزم المالك بأن يرد للحائز ما انفقته من المصروفات طبقا لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠ — ٩٨١ مدنى ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد • ثم تنص المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين • وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة • وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام اذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصصا منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » • وهذا النص ، اذا فسر على أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضي ، فسان القاضي يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف للمصروفات فوائد تعويضية — بالسعر القانونى — حتى اذا رأى المالك أن يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضى النص بذلك • فهنا استحققت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد •

٥١٠ - شرط استحقاق الفوائد التعويضية - الاتفاق مع المدين ؛

والفوائد التعويضية ، على النحو الذى قدمناه ، لاتستحق الا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض الا اذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . والمشتري لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل الا اذا اتفق على ذلك مع البائع (١) .

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضا سعر هذه الفوائد ، على ألا تجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون والذى سيأتى بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون الا بسعر

= وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٢ مدنى . فقد قضت بانه « ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفادة بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » . فهنا التزم الدائن الذى عجل له الوفاء بحقه أن يدفع للمدين الذى عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذى عجل الوفاء به ، والمصدر الذى التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولاشك أن فيما قدمناه تحويرا للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة فى تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ أنه اذا استقام هذان الفرضان ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانونى ، مع أن هذه الفوائد لاتكون الا بالسعر الاتفاقى كما سنرى .

(١) أما ما قررته المادة ٤٥٨ مدنى من أن للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن اذا اعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

اتفاقي ، وليس لها سعر قانوني • أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا
أن سعرها قد يكون سعرا قانونيا وقد يكون سعرا اتفاقيا (١) •

الفرع الثاني مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ — سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل
القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانوني والحد
الأقصى للسعر الاتفاقي •

وقد أجاز التقنين المدني الجديد — كراهية منه في الربا — النزول
عن الحدود المقررة في حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ،
وفي حالات معينة أيضا ، الزيادة على هذه الحدود •

فنستعرض : (أولاً) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود
المقررة وجواز الزيادة عليها •

المبحث الأول سعر الفائدة

٥١٢ — سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفائدة القانونية
أما أن يكون سعرا قانونيا وأما أن يكون سعرا اتفاقيا •

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « كان
من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عبد التشريع في أكثر الدول ، لا إلى
تحديد سعر الفوائد التي تستحق عن التأخير في الوفاء فحسب ، بل وكذلك
إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لساير ضروب الفوائد • فالأولى ، اتفاقية
كانت أو قانونية ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض
الضرر الناشئ عن التأخير في هذا الوفاء • أما الثانية فتفترض أن الدين
لم يحل ، وأن الفوائد وهي اتفاقية دائما قد اشترطت كمقابل في معاوضة
من المعاوضات • فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاقي ،
في حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقي والآخر قسسانوني
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ — ص ٥٨٣) •

فالسعر القانوني في المسائل المدنية هو $\frac{1}{4}\%$ ، وفي المسائل التجارية هو $\frac{1}{5}\%$ ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدني على ما سلف بيانه . وقد كان السعر القانوني في عهد التقنين المدني السابق ، طبقا للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو $\frac{1}{5}\%$ في المسائل المدنية و $\frac{1}{6}\%$ في المسائل التجارية . فخفض التقنين المدني الجديد السعر القانوني في الحالتين ، بمقدار $\frac{1}{4}\%$ (١) ، ويبرر ذلك « ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية » من وجوب تخفيض كل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية التي يكون

(١) وقد تقدم ان السعر القانوني في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الامر $\frac{1}{7}\%$ في المسائل المدنية و $\frac{1}{9}\%$ في المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع الى $\frac{1}{5}\%$ و $\frac{1}{7}\%$ بالامر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر في المسائل التجارية الى $\frac{1}{6}\%$ بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (انظر آتيا مقرة ٥٠٢ في الهامش)

أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ ديسمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانوني $\frac{1}{5}\%$ في المسائل المدنية و $\frac{1}{6}\%$ في المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر الى $\frac{1}{4}\%$ و $\frac{1}{5}\%$ بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، ثم أعيد الى $\frac{1}{5}\%$ و $\frac{1}{6}\%$ بقانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ ، ثم رجع الى $\frac{1}{4}\%$ و $\frac{1}{5}\%$ بمرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانوني في الجزائر هو $\frac{1}{5}\%$ في كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٨٧٨ ص ٢٠٩ — ويرى هؤلاء الفقهاء ان الاولى هو ان يجعل السعر القانوني تابعا لسعر الخصم *taux de l'escompte* في بنك فرنسا : جزء ٧ مقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها ، (وقد كان في الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد انه رؤى من الانسب ان يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على ايكال هذا التحديد الى نصوص التقنين المدني ذاته . ولعل هذا الوضع أدنى الى تيسير التعجيل باجراء التخفيض الذي تقدمت اليه الإشارة ، ولا سيما بعد أن ألحقت على البلاد ذواعبه) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ — ص ٥٨٤) .

سعرها ٤٪ والمساءل التجارية التي يكون سعرها ٥٪ فإذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية — ٤٪ — حتى لو كان الدائن تاجرا والعملية تجارية (١) . ويلاحظ أن السعر القانوني الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد ، أي من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ (٢) .

أما السعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧٪ ، وقد يكون أقل من ذلك ، بلا قيد يكون أقل من السعر القانوني ، حسب الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين (٣) . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي قرره المادة ٢٢٧ الفقرة الأولى على ما رأينا ، وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقي في عهد التقنين المدني السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من

(١) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٢) وهذا هو نفس ما قرره المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانوني في المسائل التجارية من ٧٪ إلى ٦٪ — انظر أيضا بودزي وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة — روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المبلغ المطالب بالفوائد عنه هو تعويض اتفاقي نص في العقد على استحقاقه عند تأخير البائع في تسليم أي كمية من الاقطان المباعة دون أن يحدد الاتفاق سعرا معيناً للفائدة عنه أو مبدا لسريتها فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني ولم يخالف القانون أو يخرج عن نصوص العقد . . . (نقض مدني في ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩٦ ص ١٢٤٦) .

شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو $\frac{8}{100}$ يجوز تخفيضه بمرسوم الى $\frac{7}{100}$ ، ولكنه لم يلاحظ تحقق مصدر التقنين المسمى الجديد فتولى هذا التخفيض (١) . ويلاحظ أن السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المخفض ، يبرهن هو أيضا من وقت سريان التقنين المسمى الجديد ، حتى بالنسبة الى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فإذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هي $\frac{8}{100}$ وفقا للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه الفوائد التأخيرية سارية الى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ،

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : (وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لاحكام المادتين ١٢٤ — ١٢٥ / ١٨٢ — ١٨٥ من التقنين الحالى السابق) ، الحد الاقصى لسعر الفوائد الاتفاقية $\frac{8}{100}$ مع جواز تخفيضه الى $\frac{7}{100}$ بمقتضى مرسوم . على أن المشروع أثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت ازاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الاقصى للسعر $\frac{7}{100}$) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقي في التقنين المسمى السابق كان في مبدأ الامر $\frac{12}{100}$ ، ثم خفض الى $\frac{9}{100}$ بالامر العالى الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم الى $\frac{8}{100}$ يجوز تخفيضها الى $\frac{7}{100}$ بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس ١٩٣٨ .

أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقي كالسعر القانونى $\frac{5}{100}$ في المسائل المدنية و $\frac{6}{100}$ في المسائل التجارية . وقد ألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الاقصى للسعر الاتفاقي في المسائل التجارية . ثم ألغى قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الاقصى للسعر الاتفاقي في المسائل المدنية الغاء مؤقتا ، مع جواز العودة الى الحد الاقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين في ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الاقتراض بالربا الفاحش ويكون الربا فاحشا اذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، في المعاملات المماثلة في مخاطرها (même risques) ، بأكثر من النصف ، وفي هذه الحلة تخفض الفوائد الى السعر المعتاد تقاضيه ، ويخصم ما دفع زائدا من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من رأس المال ، فإذا كان الدين قد انقضى مع فوائده ، رد الى المدين ما دفعه زائدا بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع . (انظر بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلا نيول وريبير وروان ٧ فقرة ٨٨٢) .

فانها تحسب بسعر ٨٪ الى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ،
ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر
٧٪ ، وفقا لأحكام التقنين الجديد (١) .

١٣٥ - سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود اليها فيما يلى : وانظر عكس ذلك روبييه
فى تنازع القوانين بالنسبة الى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ مقرة ٧٨ ومقرة
٨٧ ، وانظر بنوع خاص انتقادة لفكرة ان التشريع الذى يعتبر من النظام
العام يكون له اثر رجعى او اثر فوري بالنسبة الى العقود القائمة وقت
نفاذه اذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (مقرة ٨٧) . وأغلب الفقه
الحديث فى فرنسا من رأى الاستاذ روبييه . على أنه حتى بفرض التسليم
بان التشريع الذى يعتبر من النظام العام ليس له اثر رجعى او اثر فوري .
فانه يبقى ان الاستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية
(régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal)
ويجعل للتشريع الذى يتصل بالمراكز القانونية اثرا فوريا . ثم هو يفرق بين
السعر القانونى للفائدة والسعر الاتفاقى ، فيجعل الاول متصلا بمركز قانونى
ويجعل الثانى متصلا بمركز تعاقدى (انظر جزء ٢ مقرة ٨٧ ص ١٢٠) .
ولا نرى مبررا لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانونى والسعر الاتفاقى
يتصل اتصالا مباشرا بمركز قانونى هو نظام الديون (régime des créances)
ذلك ان القانون فى الاصل لا يجعل الدين منتجا لفوائد ، الا اذا طالب بها
الدائن او اتفق عليها مع المدين ، وفى الحالتين يضع القانون حدودا لسعر
هذه الفوائد ، وسواء كان هذا السعر قانونا او كان اتفاقيا فانه يتصل
بمركز قانونى نظمه القانون ، ومن ثم يجب ان يكون لاي تشريع يتصل
بهذا المركز القانونى اثر فوري . فاذا قامت اعتبارات تحول دون هذا
الاثر الفوري ، وجب ان ينص المشرع على ان التشريع الجديد لايسرى على
العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى الا على العقود التى تبرم بعد ذلك ،
وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد
تقضى بتخفيض الفوائد الاتفاقية الى ٧٪ ولم يستثن هذا النص من تطبيقه
الاتفاقات السابقة على صدوره ، ولما كان تعيين الحد الاقصى للفائدة التى
يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فان حكم هذه المادة ينطبق
بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ويسرى
السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك
بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون : نقض مدنى فى ٢٧ من
يونية سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣١ ص ٩٣٦ .

الا. سعر واحد هو السعر الاتفاقي ، كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضى ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧. اذ تقول : « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على $\frac{7}{100}$ » . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التي تشترط فيها الفوائد هي حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية في عهد التقنين المدني السابق ، وفقا للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو $\frac{8}{100}$ ، أي نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وقد خفض الى $\frac{7}{100}$ لنفس الأسباب . ويسرى السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المخفض ، من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة الى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت . فإذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغا من النقود بسعر $\frac{8}{100}$ ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يؤدي الفوائد بسعر $\frac{8}{100}$ الى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر $\frac{7}{100}$ ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . (١)

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكما مخالفا لهذه القواعد العامة ، يقضى بعدم سريان السعر المخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه ، حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية الى ما بعد التخفيض أو الرفع (انظر أيضا فقرة ٥٠٢ في الهامش) ، ومن ثم قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد الى $\frac{8}{100}$ ليس له اثر رجعي (١٣ يولية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى القواعد العنامة تطبيقا صحيحا اذ تقول : (ويدهى أن اثر هذا التخفيض لا يستند الى الماضي ، فينبذل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الاحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية = (م ٧٥ — الوسيط ج ٢)

• وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، كما رأينا ، على أن
« كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، اذا زادت

= كانت الفوائد او قانونية (قارن المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم
٢٠ لسنة ١٩٣٨) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

واخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، اذ قضت بأن الدفع بأن سعر
الفائدة المتقضى بها يجب الا يزيد على ٧٪ بعد العمل بالقانون المدنى الجديد
وفقا للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز ابداءه لأول مرة
أمام محكمة النقض . والحد الاقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانونا
هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون
المدنى الجديد القاضى بتخفيضه ، اى ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى
على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا
الخصوص فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى المشار اليه . واذن
فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمتطعون عليها بعد العمل بالقانون
المدنى الجديد ، فليس له ان يصرح بان الحكم المذكور من اول سبتمبر سنة ١٩٤٦ ، لحين
الوفاء ، فان هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور فى
خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعر الفائدة
الى ٧٪ ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدنى ٢١
مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . انظر
عكس ذلك اصول القانون للاستاذ احمد حشمت ابوستيت والمؤلف سنة
١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨ — ١٩٩) بين النصوص التى يقصد
بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذى يعطى للاوراق المصرفية سعرا جبريا
والنصوص المعتبرة من النظام العام ولكنها تحمى مصالح خاصة كالقانون
الذى يخفض الحد الاقصى للفائدة فلا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورهما
ويذهب الاستاذ سليمان مرقص (موجز المدخل للعلوم القانونية سنة
١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥
ص ١٦٦) الى ان العبرة فى سريان النص القاضى بتخفيض السعر
بتاريخ الاتفاق ، (لان الحكمة — كما يقول — من اصل وضسع هذه المادة
وما كان يقابلها فى التقنين الملقى انما هى منع استغلال الدائن حاجة المدين
وضعه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق ان التزموا
بقوائد . ويظهر ذلك جليا من عبارة هذه المادة حيث تقول انه : يجوز
للمتعاقدين ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر
على ٧٪ ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى
٧٪ ، وتعين رد ما دفع زائدا على هذا المقدار — ولو قصد الشارع غير ذلك ،
لعبر عنه كما عبر فى المادة ٢٣٢ بقوله : لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد
الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال ان يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها =

هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة . وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ . ولا يختلف النص الجديد عن أصله الا في أمرين : ١ - وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل ، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة « ولا منفعة مشروعة » ، وصحتها : « ولا نفقة مشروعة » . كما ورد في الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى ٢ - عين المرسوم بقانون من يحمل عبء اثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استبدلت عبارة « اذا ما ثبت أن ... » بعبارة « اذا ما ثبت المدين أن ... » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الاثبات خاضعا للقواعد العامة (١) . ويبدو أن القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضي به ، فعبء الاثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين انما يطعن بالنسوية فيما اتفق عليه مع الدائن ،

= الدائن أكثر من رأس المال . . . واذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد تزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك الا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين (ب - ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧٪ وعدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، لمجرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال في الحالة الاولى (فاذا اتفقا . . .) وقال في الحالة الثانية (لا يجوز تقاضي . . .) . ففي الجاليتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضي فوائد بسعر يزيد على ٧٪ وألا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد . والنصان — بهذا المعنى — حكمهما وإحد من حيث اتصالهما بالنظام العام .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفا فقرة ٥٠٢ في الهامش — وانظر

مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ .

ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي فوائد ربوية ، فهو "الذى يحمل عبء الاثبات (١) ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقا للقواعد العامة في الاثبات (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التى اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذًا لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) وليس الحكم صريحاً فى تحميل المدين أو الدائن عبء الاثبات .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ من القانون المدنى أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضى العمولة والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعهما عن الحد الاقصى المقرر قانوناً للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشتركة لا تقابها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أضافها . وإذا كان الحكم قد انتهى الى أن العمولة التى اقتضاها البنك المطعون ضده من الطاعن الاول كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قام بها تنفيذًا لعقد التفويض بالبيع المبرم بينهما ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإن ما ينعاه الطاعنان فى هذا الصدد يكون على غير اساس .

نقض مدنى فى ١٤ يونيو سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص ١٣٤٥ .

(٢) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولاً به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضى بأنه (لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدنى المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدنى الاهلى . ويجوز فضلاً عن ذلك تحصيل عوائد تثمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤٪ إذا كانت السلعة اقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ٣٥٪ إذا زادت على ذلك . ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسرى احكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : (ويلاحظ أن نص المشروع فى هذا الشأن لا يمس احكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للامر العالى الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتحويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة اضافية فى مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين) (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

٥١٤ — **جزاء مجاوزة سعر الفائدة :** وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى بأنه اذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، وللمدين الذى يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الاثبات (١) .

== وقد تجتمع عمليتان فى عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانونا ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحا لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولعدم مخالفة القانون فى أى منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأن عمليتى القرض والتعهد بعمل شيء وهو توريد اقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان احدهما من الأخرى ، جائزتان قانونا ، ولا يضرهما حصولهما بعقد واحد ، ولا محل للقول بأنه اذا اضيفت الغرامة المشترطة فى حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد الى فائدة عملية القرض الاولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانونا ، لان التعويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما يفوت المتعهد له (البنك) من المنفعة بسبب عدم توريد الاقطان ، لانها اذا وردت نشأت عنها عملية أخرى هى اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الاقطان يلتزم به البنك قبل العميل ان يقرضه قرضا جديدا ، والبنك ايهام هذا الالتزام برصد من أمواله مبلغا موازيا بنسبة معينة من قيمة البضائع المنتظرا للقيام بهذا التعهد ، فاخلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ . المجامعة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضى بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفا للنظام العام ، جاز ان يثبت بكل طرق الاثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ — طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت ان هناك ربا فاحشا ، انتقل عبء الاثبات الى الدائن ، وعليه ان يثبت المقدار الحقيقى للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما اذا كانت العقود تشتمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكلها (استئناف اهلى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فاذا اتضح لها ان عقد قرض بفوائد فاحشة سمي بيعا بقصد اخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتنزيل الفوائد الزائدة المضافة اليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) واذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغا من المال وقت تحرير عقد الاجارة على ان يؤجر له الاطيان بأجرة هى دون القيمة ، وثبت للمحكمة ان عقد الإيجار ما هو فى الحقيقة الا عقد تأمين على قرض ، وان الفرق بين الاجرة المتفق ==

والتخفيض إلى الحد المقرر في القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقي ، بل يتناول أيضا على سبيل القياس السعر القانوني . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤ أو ٥/١٠ ، فإن الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائدا . ويندر أن تقع الزيادة في السعر القانوني ، والغالب أنها تقع في السعر الاتفاقي ، ولذلك ورد النص في هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانونا هو أيضا جزاء مجاوزة سعر الفائدة في عهد التقنين المدني السابق . أما رد ما دفع زائدا فقد كان مختلفا فيه (١) ، فحسم التقنين المدني الجديد هذا

= عليها وما تساويه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقترض ، جاز للمحكمة أن تلغى الاجارة وتلزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع أجره تقدرها عن مدة وضع يده عليها . وتبقى على المؤجر برد المبلغ الذي عليه عند تحرير العقد مع فوائد بواقع ٩٪ (استئناف اهلى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ الخامسة ٤ ص ٨٥٧) . انظر أيضا ربا فاحشا في صورة عمولة (استئناف اهلى أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) وفي صورة رهن (استئناف اهلى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة غارقة (أسبوط ٧ مارس سنة ١٩١١ . الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشا في القضاء المختلط استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وانظر في وجوب عدم الإقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ، بل يجب في هذه الحالة أن تخيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشا : نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في قسم الإثبات .

(١) فمن الأحكام ما كان يقضى بعدم جواز استرداد ما دفع زائدا عن اختيار : استئناف اهلى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١ . ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائدا ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — مصر استئنافي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ — طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . انظر أيضا في عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

الخلافاً إذ نص صراحة على وجوب الرد • ونرى أن نص التقنين المدني التقنين المدني في هذه المسألة هو نص تفسيري ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده •

ويتقادم الالتزام بالرد بمرضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً للأحكام المادة ١٨٧ مدني ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق ■

المبحث الثاني

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ — فرضان : قرر القانون سعر الفائدة ، القانوني والاتفاقي ، في الفوائد التأخيرية وفي الفوائد التعويضية ، على النحو الذي بسطناه • ولكن هناك أحوالا ، نص عليها القاتون ، يتجاوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة • كما أن هناك أحوالا ، على النقيض من ذلك ، تتجاوز فيها الزيادة على هذه الحدود • ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين •

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدني

على يأتي ■

« إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في اطلالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة طال فيها النزاع بلا مبرر » •

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

« عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبيرا لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرما » .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

« لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « اذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في اطالة امد النزاع بخطأه ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانسونية كانت أو اتفاقية ، أولا يقضى بها اطلاقا ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » . واقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ ذكر ، أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سبىء النية الذي يتعمد اطالة امد النزاع كي تستمر الفوائد في سريانها ، وقد اثبت العمل انه كثيرا ما يلجأ الدائن الى انكار الامضاء أو الى الدفع أو رد القاضي . ورات اللجنة أن تدخل عبارة « بسوء نية » بدلا من كلمة « بخطأه » لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا أثرت اللجنة أن يكون الجزاء تاصرا على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٣٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ — ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيتعاد عبارة « دون =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٦/١٨٦ .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ ، فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٣٢ - ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٦٨ (١) ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني الكويتي ولا في التقنين المدني الأردني .

= تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له « الواردة في آخر نص المشروع التمهيدى . وافتر لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « دون تمييز ... الخ » لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ - ٥٩٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة الا اذا طوّل بها قضايا أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل ، وهذا دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ - اما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها » . وافتر لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتها النص الذى استقر في التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك الا تتكرر الفوائد بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من مصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، ويحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٦ - ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد الا اذا كان مستحقاً عن سنة كاملة » .

(١) التقنينات المدنية للعربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٣٣ (مطابقة للمواد ٢٢٩ - ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين =

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربعاً يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : ١ — تسبب الدائن بسوء نية في أطالة أمد النزاع • ٢ — الفوائد التأخيرية يعد رسو المزداد • ٣ — زيادة مجموع الفوائد على رأس المال • ٤ — الفوائد على متجمد الفوائد ، أى الربح المركب (anatocisme) • وتتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات :

١٧٥ — تسبب الدائن بسوء نية في أطالة أمد النزاع : لم يستحدث التقنين الجديد هذا الحكم استحداثاً تاماً ، فقد كان القضاء المصري يسير على مقتضاه • وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقديماً فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق • • فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري » (١) •

= المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدنى السورى لا تذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب ايداع الثمن فيها) • التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ ، فقرة ٣ و ١٧٤ (مطابقتان للمبادئ ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقى تكتفى بخطأ الدين ولا تشترط سوء نيته • ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٢٣٠ من التقنين المصرى) • التقنين المدنى الليبى م ٢٣٢ — ٢٣٣ و ٢٣٥ (مطابقة للمواد ٢٢٩ — ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى) •

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى ، وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق • وفى كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة • (وحكم الربح المركب هنا كحكمه فى التقنين المدنى المصرى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى ، فيما عدا أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد هى هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : انظر الدكتور صبحى الحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٣) •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض اعطاء الدائن الفوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى اجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقا =

والمبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف فى استعمال الحق • والدائن اذا تسبب بسوء نية فى اطلالة أمد النزاع ، فهو انما يتعسف فى المطالبة بحقه وفى استعمال الاجراءات التى وضعها القانون تحت تصرفه للوصول الى هذا الحق • فبدلاً من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يعتمد إلى اطلالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابع من جراء هذا التعسف • فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر •

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) اطلالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر • مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض اطلالة أمد النزاع ، الى انكار امضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو الى الطعن فى هذه المخالصة بالتزوير ، أو الى الاكثار من الدفوع الكيدية ، أو الى رد القضية وما الى ذلك (١) • وليس من الضرورى أن يرفع الدائن خصومه الى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ فى المطالبة بحقه الى اجراءات لا مبرر لها لاطالة أمد النزاع (٢) • مثلك ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفى فيه اعداء المدين فيعذر الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين الى التعرض للحقيقي ، فيعتمد الدائن الى اطلالة اجراءات هذا العرض ، وهكذا •

= اوجبت الاطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) • ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً اذا هو يقتن أحكام القضاء المصرى ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له اذن اثر رجعى •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ •
(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ •

(الشريط الثاني) سوء نية الدائن • وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ مدنى لا يتطلب سوء النية ، ويكتفى بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتى : « اذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى اطالة أمد النزاع بخطئه • • » • فلو حظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له فى التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية ، لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء (١) • فلا يكفى إذن أن يكون الدائن قد أخطأ فى اطالة أمد النزاع خطأ عاديا ، بل يجب أن يكون قد تعدد اطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين • فيكون النص إذن تطبيقا واضحا لنظرية التعسف فى استعمال الحق • وقد رأى اشتراط سوء النية لأن النتائج التى يترتبها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة ، إذ يسقط حقه فى الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائما أن ينسبها الى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع • ولا نميل الى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر الا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن فى الفوائد الا جزاء وافقا لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفى اثبات الخطأ الجسيم •

هذا والمدين هو الذى يحمل عبء اثبات الشريطين معا : اطالة أمد النزاع بلا تبرر وسوء نية الدائن • ومتى تم له اثبات ذلك ، كان للقاضى أن يخفض الفوائد الى حد معقول ، بل تكافئ له ألا يقضى

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ • وانظر أيضا فقرة ٥١٦ فى الهامش • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط باقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن • • • » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) • وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدى الذى كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائى الذى يشترط سوء النية •

بها اطلاقاً ، وذلك عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة (١) . فهناك خطأ مشترك (errenr commune) : المدین تأخر في الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر بإطالته أمد النزاع (٢) . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسؤولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو يعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدین ومظهر انعدام المسؤولية هو إسقاط الفوائد .

والفوائد التي يخفّضها القاضي أو لا يقضى بها اطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطلق الدائن أمد النزاع فيه حتى تتراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد إلا فوائد تأخيرية (٣) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .
(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .
فإن حكم محكمة النقض اذ قضت بأن تقرير الحكم المطعون فيه انه يترتب على تراخى الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ، ذلك ان التراخى في التنفيذ لا يكون له اثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائى ولا يمنع من استحقاق الفوائد اذ كان على المدین ان يوفى بالدين أو ان يتمسك بأى سبب من اسباب انقضائه (نقض مدنى في ١١ من يونية سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٣٠ ص ٨٢٨) .

(٣) ويذهب الدكتور المحمصانى في كتابه آثار الالتزام في القانون المدنى اللبنانى (ص ٣٦) الى انه يجوز ان يطبق في لبنان حكم تخفيض الفوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النزاع بسوء نية ، دون حاجة الى نص في ذلك ، اذ يقول : « نرى ان ذلك جائز أيضاً في لبنان ، وفقاً للمبادئ العامة ، لا سيما وفقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفقاً لتطبيقات هذا المبدأ العديدة في قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على اقامة أية دعوى أو على المعارضة في أى طلب ظهرت صحته (م ٣١) » .

٥١٨ — الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد في ضوء تجارب الماضي (١) فقد كان المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، بعد رسو المزاد وطوال اجراءات التوزيع ، يبقى ملتزما بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع . وتطول اجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدني الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع الميزة عن المدين .

وتقضى المادة ٢٣٠ — وقد مر ذكرها — بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانوني أو السعر الاتفاقي ، الا الى وقت رسو مزاد المال الذي يباشر اجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التي ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، الا اذا كان الراسي عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب ايداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير الا في حدود المستحق من هذه الفوائد في ذمة الراسي عليه المزاد أو في ذمة خزانة المحكمة . وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسي عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين ، وهذا ما يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه

(١) نذكر للتاريخ ان صاحب الفكرة في هذا النص هو القاضي استنويت (stenuit) وكان يعمل في لجنة تنقيح التقنين المدني على ما مر . وقد افضى الينا ان خبرته كقاض في المحاكم المختلطة دلته على ان الفلاح المدين يحمل غرما فادحا من جراء بطل اجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الاجراءات زمنا طويلا ، ولا ننب له في ذلك ، فنتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التي تسير فيها اجراءات التوزيع . فصيغ هذا النص دفعا لهذا العبء عن عاتق المدين .

الفوائد التأخيرية — في الحدود المتقدمة الذكر — بين الدائنين جميعا
قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن أو ذى حق امتياز ودائن عادى •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى ختام عبارتها
فى هذا الصدد : « وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل
بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء اجراءات
التنفيذ • ثم انه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق
تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه
المزاد وقبل الخزانة ، اذ تقسم بينهم جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز
بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » (١) •

٥١٩ زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : رأينا أن المادة
٢٣٢ مدنى تقضى بأنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد
التي يتقضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد
والعادات التجارية • وفى هذا النص امعان من جانب التقنين المدنى
الجديد فى كراهية الربا ، اذ هو يستحدث قيذا جديدا على الفوائد
لم يكن فى التقنين المدنى السابق (٢) ، وليس له نظير فى التقنينات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١١ — ولا كأن هذا الحكم
مستحدثا ولكنه يعتبر من النظام العام لانه يتعلق بنظام الفوائد ، فانه
يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ من شهر
أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التي لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى
الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ •

ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى أن هذا الحكم معمول به فى لبنان
دون نص ، فهو يقول : « وعلى الرغم من أن القانون اللبناني لم ينص على
مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل فى دوائر الاجراء ، لا سيما فى بيروت ،
هو موافق له ، اذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الاحالة القطعية فى البيع
الجبرى تمهيدا لاجراء معاملة التوزيع بين الدائنين » (آثار الالتزام فى
القانون المدنى اللبناني ص ٣٢) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان القانون المدنى القديم لم يكن يحول دون
تقاضى الفوائد اذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد
الفوائد ما دامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد ، الا أن نص المادة ٢٣٢ من =

الغربية • والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدى كان خاليا من هذا النص ، وسار المشروع في اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل الى لجنة مجلس الشيوخ • وفي هذه اللجنة أضيف النص قييدا جديدا على الربا (١) ، واستحدثت اللجنة في النص ذاته تحريم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد قييدا آخر ، وجاوزت في القيندين أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية •

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن من مدينة لا يصح في حال أن يزيد على رأس المال • وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد أن اللجنة قد راعت « أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار

القانون المدنى استحدثت حكما جديدا مؤداه ان المشرع قد حظر امرين اولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال • الا انه اخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية وهذه القواعد لا تسود الا في نطاق المعاملات التجارية : نقض مدنى في ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٣ — مجموعة احكام محكمة النقض السنة ١٤ رقم ١٣٢ ص ٩٤٦ — كما قضت بانه ليس في نصوص القانون المدنى القديم ما يمنع اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال • الا ان المشرع استحدث في القانون المدنى القسائم قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التى تنص على انه « لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » • ومقتضى ذلك أن يكون للدائن لغاية يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالى حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال : نقض مدنى في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٤٠ ص ١٨٥٧ •

(١) ونذكر هنا أيضا للتاريخ انه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التى وضعها التقنين المدنى الجديد على الربا • أرادت اللجنة الاستزادة منها • فتذكرت ما كتبت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا عن القوانين العثمانية قاعدة تقضى بانه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال • فبادرت اللجنة الى ادماج هذه القاعدة في نصوص التقنين الجديد هى وتحريم الفوائد المركبة • وجعلت القاعدة في نص واحد مستحدث •

الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق (١) .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي وبالسعر القانوني . فلو أن شخصا اقترض من مصرف ألفا من الجنيهات بسعر اتفاقي مقداره ٧٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئا طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكمت عليه بالسعر الاتفاقي هو ١١٩٠ جنيها ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيها . فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكمت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوي رأس المال ، ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيها . وليس في هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوي أيضا على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه أما أن يكون قد أهمل في تقاضي حقه ، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تتراكم الفوائد على المدين (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٩٧ - والاصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المرافحة العثماني ، وتقتضى بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءا من الامبراطورية العثمانية ، ثم لما استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين المدني العراقي والتقنين المدني السوري عن طريق التقنين المدني المصري الذي استقى القاعدة هو نفسه من قانون المرافحة العثماني . ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣١ - ص ٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المرافحة العثماني .

(٢) وهذه القاعدة التي تقتضى بأن مجموع الفوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يسرى نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقا في تقاضي مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فما دفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع = (م ٧٦ - الوسيط ج ٢)

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

- (أولاً) أن النص استثنى ما تقتضى به القواعد والعادات التجارية .
- مثل ذلك الحساب الجارى ، وسيأتى أنه يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحدد معين .
- فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد فى نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزاً تمشياً مع القواعد والعادات التجارية (١) .

= الفوائد التى تقاضاها الدائن فى الماضى مع الفوائد التى يتقاضاها فى المستقبل أكثر من رأس المال . فإذا فرض أن شخصاً اقترض مبلغاً مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨٪ فى يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقي يسدد الفوائد الى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسدها بسعر ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة ما دفعه من الفوائد منذ بداية القرض ألفاً من الجنيهات ، فإنه لا يجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨٪) فى يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه .

وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة منع تجاوز الفوائد لرأس المال التى تضمنتها المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، تتعلق بالنظام العام فلا يسوغ للدائن بعد العمل بالقانون المدنى الحالى فى ١٥/١٠/١٩٤٩ اقتضاء فوائد متى بلغت الفائدة المستحقة ما يعادل رأس المال ولو كان بعض هذه الفوائد قد استحق فى ظل القانون القديم : نقض مدنى فى ٥ من مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ٤٨ ص ٢٨٠ . كما قضت محكمة النقض بأن اعتراض المدين بعدم جواز التنفيذ ضده لفوائد تزيد على رأس المال اعتراض مؤسس على مخالفة قاعدة من النظام العام ومن ثم يجوز له ابداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف : (نقض مدنى فى ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٨١ ص ١٠٥٢) .

(١) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، فى القضية رقم ٥٨١٨ لسنة ١٩٥٣ ، حكم لم ينشر بعد يقضى بأن العادات التجارية فى القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث أن المشرع لاحظ فى النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد =

(ثانيا) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة في الصفقة الواحدة ، لا في مجموع الصفقات اذا تعددت . فاذا اقترض شخص مبلغا من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضا آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال في أى قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون في ذلك طريق للتجايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان الى تجزئة القرض الواحد الى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذى نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطير في الصفقات العادية . اذ يندر في هذه الصفقات أن يصل الدائن من الاهمال في تقاضى الفوائد الى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائما على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم اذا حل أجله .

= قوة القانون المسنون ، وانه لابد من عدم المساس بأحكام المعاملات التى جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الاجل التى تعقدها المصارف والشركات في نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، ومحاربة القائمين به ، على ما يؤديه هذا الائتمان من خدمات جليلة للاقتصاد القومى ، ومع ما يتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد — فحسب — منع المرابين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريهة مبقوته ، فعمل على حمايتهم في هذه الصورة وفي هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لآثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية في البلاد .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضا ، حكمان يقضيان بعكس هذا الراى : صدر الأول في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ في القضية رقم ١٤١٦ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثانى في نفس هذا التاريخ في القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وثايد هذا الحكم الثانى من محكمة استئناف مصر في ٥ مارس سنة ١٩٥٢ . في القضية رقم ١٧/٦٩ — وسنعرض في الحاشية التالية الى القروض طويلة الاجل .

لا يترأخى في المطالبة به الى الحد الذى تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال . وفى هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن يضيع عليه شئ من افوائد ، والمدين لا يترك له الحبل على الغارب فيستسلم الى تهاونه ، بل تحفره مطالبة الدائن الى السعى فى سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه (١) .

(١) غير أن هناك نوعا من القروض قد تستعصى طبيعتها على هذا التدبير ، وهى قروض الانتاج طويلة الاجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : ١ - ينتفع المقرض بالقرض للانتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريد اصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقرض مبلغا كبيرا من المال لمشروعه الانتاجى من مصاريف الائتمان العقارى تخصصت لهذا الغرض . ٢ - يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبغى أن يكون كذلك ، فان المقرض انما يقرض كما قدمنا للانتاج لا للاستهلاك ، فيقتضى في سداد اقساط الدين على غلة ما انتجه ، مع استبقاء شئ من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد أن يكون القرض طويل الاجل . ويصل الاجل فى كثير من الاحوال الى عشرين سنة ، بل الى ثلاثين وأربعين وخمسين فى حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقارى أن تجعل المدين يسدد الدين على اقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد فى كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجا كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد فى هذه القروض طويلة الاجل على رأس المال ، فلا بد إذن ، اذا أريد الإبقاء على هذه القروض الانتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى ، وذلك اذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقا للعادات التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقارى تقرض هى نفسها - فى صورة سندات تصدرها - نقودا لأجل طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهى تقوم فى الواقع من الامر بدور الوسيط بين المقرض والمقرض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية المسماة (كالبلديات) قد تعقد قروضا طويلة الاجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيرا فى الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة الى التقدم لمساعدة أصحاب الاراضى الزراعية بتسوية ديونهم العقارية الى أجل طويل يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك فى قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ - كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الاجل =

٥٢٠ - الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة : تقضى

المادة ٢٣٢ مدنى ، كما رأينا ، بأنه لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضى بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة اذا طُلب بها قضائيا أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد فى الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts)

جائزة اذن فى حالتين : ١ - اذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائيا بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . ٢ - اذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة فى هذه الحالة أيضا ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية (١) . وقد

= مركزا خاصا يبرر استصدار تشريع استثنائى بشأنها فى المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعا يقانون فى هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعا حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان أنه يجب أن تستبقى فى التقنين المدنى القاعدة الأصلية - وهى عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال - لمواجهة حالة المرابى المحترف الذى يمد لمدينه فى أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر فى اخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك الى تقاضى رأس ماله أضعافا مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، اذا صدر ، تشريعا استثنائيا يعالج حالة الائتمان العقارى وحدها .

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يغيب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر فى زيادة اعباء المدين ، ولا سيما بعد أن عمدت بعض التقنيات الحديثة الى تحريمها .. بيد أنه رأى أباحتها بشروط ثلاثة فاشترط أن تكون واجبة =

كان هذا هو أيضا ، بوجه عام ، حكم التقنين المدني السابق (أنظر م ١٨٦/١٢٦) (١) .

= الأداء ، وان تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وان يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائيا بعد أن يصبح ما يراد تجميده منها مستحق الاداء — قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصري (السابق) ويظهر انها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضاءان المصري والفرنسي على ذلك خلافا لراى الفقه فى فرنسا — ولا يشترط فى هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد » (مجموعة

الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(١) أنظر فى فوائد الفوائد أو الربح المركب فى التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقره ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعه الرسمية ٥/٤٧ و ١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٣ — ١٤ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامل من السنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن اضيفت الى فوائد سنة أو سنتين أو أكثر (بورسعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاياة ١٣ ص ١٣٠٣) . على أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودرويارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) انه اذا جمعت الفوائد كل سنة ، بسعر ٥٪ ، تضاعف رأس المال فى ٢١ و ١٤ سنة ، واذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال فى ١٣ و ٩٣ سنة ، واذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المال فى ١٣ و ٧٨ سنة ، فالفرق فى المدد التى يتضاعف فيها رأس المال ليس أذن بـ كبير .

وكان يشترط فى عهد التقنين المدني السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لا قبل التجمد (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . أما بالنسبة الى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهلى ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفى فرنسا يجيز القضاء الاتفاق مقدما قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يجيز الاتفاق الا بعد أن تتجمد الفوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدني الفرنسى وهى تقضى بعدم جواز الاتفاق على تجمد الفوائد الا بعد استحقاقها (les intérêts échus des capitaux) =

وسار المشروع التمهيدى فى مراحل المختلفة ، حتى وصل الى لجنة مجلس الشيوخ ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد اطلاقا ، مقتدية فى ذلك ببعض التقنيات الحديثة (١) ، وهذا هو الرأى الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد (٢) . والسواقع أن تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فان رأس المال اذا أقرض بسعر ٤٪ ، تضاعف اذا كان الربح بسيطا فى ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف فى ٢٠ سنة اذا كان الربح بسيطا ، وفى ١٤ سنة اذا كان الربح مركبا . واذا أقرض بسعر ٧٪ تضاعف فى ١٤ سنة فى حالة الربح البسيط ، وفى ١٠ سنوات فى حالة الربح المركب . فالفرق كبير اذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعا فى تحريم الأرباح المركبة (٣) .

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

= (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧) — وانظر فى الفوائد على متجمد الفوائد فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٣٦٥ ، غطصن ١٦٩ ص ١٦٩ بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢١ ص ٥٢١ ديموج ٦ فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وزدوان ٧ فقرة ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ .

(١) انظر تقنين الالتزامات السويسى م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك انظر م ٣١٤ فقرة ٣) — التقنين المدنى الالمانى م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد أجاز التقنين المدنى الالمانى التعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلى م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آتفا فقرة ٥١٦ فى الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التى استحدثها التقنين المدنى الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فانها تسرى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج اثره الى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد الى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على الأقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى السدائن عنه أية فوائد طبقا لقاعدة التحريم الجديدة . واذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتيا عن طريق المطالبة القضائية ، فاذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد =

(أولا) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة في بعض الحالات . وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أخيرا أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلاً اجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجارى، دون حاجة الى اتفاق أو مطالبة قضائية (١) » .

= الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لان الاحكام تستند الى يوم رفع الدعوى . أما اذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الاصلى قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعه الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

وقد قضت محكمة النقض بان مفاد المادتين ٢٢٢ و ٢٢٣ من القانون المدنى ان المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما اقر ما جرى عليه عرف التجارى من تجميد الفوائد في الحساب الجارى وترك امر تحديدها لما يقضى به العرف : نقض مدنى فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٤ . مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦٣ ص ١١٢٠ ونقض مدنى فى ٥ مارس سنة ١٩٦٨ . المجموعة السابقة السنة ١٩ رقم ٧٠ ص ٤٨٢ ونقض مدنى فى ٢٩ مارس مارس سنة ١٩٧٦ . المجموعة ذاتها السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ .

ويلاحظ ان الحساب الجارى اذا اقبل زالت عنه صفة الحساب الجارى واصبح الرصيد ديناً عادياً فلا يجوز تقاضى فوائد مركبة عنه طبقاً لنص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، الا اذا ثبت وجود قاعدة أو عادة تقضى بذلك (مراجع نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٥٣ ص ١٨١) .

كما قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته ، فان باقى ثمن الاطيان المبيعه المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لرأس المال وذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ، ولا محل للتحدى بان القروض طويلة الأجل التى تعقدتها البنوك يسرى عليها الاستثناء سالف الذكر ولو تمت لصالح شخص غير تاجر ، ذلك ان هذه القروض انما تخرج عن نطاق الحظر المذكور لأنها تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذى خصص له القرض وهو الامر الذى لا يتوافر فى الدين موضوع النزاع على ما سلفت البيان : نقض مدنى فى ١٨ فبراير احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٦ ص ٤٧٧ .

(١) ثانياً الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والايرادات المرتبة مدى الحياة (١) والاستحقاق في الوقف ، لا تعتبر في حكم الفوائد فيجوز تقاضي فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات . فاذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هي بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها (٢) .

(١) أما الايرادات الدائمة فهي تعتبر فوائد من مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الارباح المركبة او من تقييدها الا بنص صريح . وهذا النص لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ولم يوجد في التقنين المدني الجديد . وهو موجود في التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون في فرنسا استثناء الايرادات الدائمة من قيود الارباح المركبة باعتبارين : الاعتبار الاول أنه لا يخشى في الايرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع رأس المال ، لان المدين لا يلتزم برد رأس المال الا في الوقت الذي يختاره هو . والاعتبار الثاني ان القيود الواردة على الارباح المركبة انما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم في مقابل ايراد دائم ، بل يقرضونها لاجل (انظر في ذلك بويرى وبارد ١ مقرة ٥٤٢) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « اما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها » . فحذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش) . ولكن يكفي تطبيق القواعد العامة للوصول الى هذا الحكم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي - وقد كان هذا المشروع يجيز الارباح المركبة بشروط كما قدمنا - ما يأتي : « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات في مواعيد دورية كالأجرة والايرادات الدائمة (كذا) او المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفني الدقيق . فيجوز تجميد الاجر والايرادات وما اليها دون حاجة الى توافر الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها . ذلك ان هذه الالتزامات لا تفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهي تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية او من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الاداء . ولا يشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء به ، أو أن تكون مستحقة عين سنة على الاقل . وكذلك يكون الحكم في رد الثمرات والفوائد التي يتولى =

والذى يميز الفوائد بمعناها الفنية الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن الفوائد هي ريع دورى عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهي أما أن تكون ريعا دوريا عن رأس مال ليس مبلغا من النقود (١) ، وأما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست بريع دورى (٢) .

المطلب الثانى

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكفىلى يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتى :

« الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد

= الغير أداؤها للدائن وفاء لدين المدين - انظر المادة ١١٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسى الايطالى » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) - وانظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى: أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ - ص ١٧١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١ - فقرة ٥٤٥ - ديموج ٦ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٦ مكررة - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(١) وذلك كالأجرة والاستحقاق فى الوقف (الخرى بعد الغاء الوقف الاهلى) والثمرات التى يردها الحائز بسوء نية مع فوائدھا .

(٢) وذلك كالإيرادات المرتبة بمدى الحياة فانها ليست مجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس المال - وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع عليه بما وفاه من هذه الفوائد وتعتبر رأس مال بالنسبة الى الغير الذى وفاهها ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقا للقواعد العامة (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

المركبة في الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى « (١) .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المادة
١٢٧/١٨٧ (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى
السورى المادتين ٢٣٣ و ٢٣٤ ، وفي التقنين المدنى العراقى المادتين
١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفي التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ،
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٦٥ فقرة ثانية (٣) .
ولا مقابل لها في التقنين المدنى الكويتى ولا في التقنين المدنى الأردنى .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدي على
الوجه الآتى : « يجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكملى يضاف الى الفوائد،
اذا اثبت ان الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو
بخطأ جسيم » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت
عبارة « بسوء نية » بعبارة « بغش منه أو خطأ جسيم » ، تمشيا مع
التعديل الذى أجرى في المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مئى) . وأصبحت المادة رقمها
٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٣١١ من المشروع التمهيدي على
وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة
تحت رقم ٢٤٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس
الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨
وص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٢٧/١٨٧ من التقنين المدنى السابق تجرى على
الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز ان يختلف قدر الفوائد التجارية في
الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتنضم الفوائد المتجمدة
للأصل في الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » . ولا فرق في هذا
الحكم بين التقنين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م
٢٣٢ و ٢٣٤ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ (مطابقتان للمادتين
٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢
عراقى تضيف الى غش المدين خطأه الجسيم) .

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هناك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم :
١ - تسبب المدين بسوء نية في أحداث ضرر يجاوز الفوائد
٢ - الحساب الجارى .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ - تسبب المدين بسوء نية في أحداث ضرر يجاوز الفوائد :
تقضى المادة ٢٣١ مدنى ، كما رأينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية في أحداث ضرر يجاوز الضرر الذى جعلت الفوائد تعويضا له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضى بأنه « اذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في اطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .
والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية في الحاق ضرر استثنائى بالمدين ومن ثم جاز للقاضى تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية في الحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جاز للقاضى زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يوسع في النص فيقضى بالتعويض التكميلى في حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ يكتفى بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ

= التقنين المدنى الليبى م ٢٣٤ و ٢٣٦ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والمعتود اللبناني م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير انه اذا كان المدين سبب سوء النية ، جاز ان يعطى عوض اضافى للدائن الذى اضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق في الحكم حكم المادة ٢٣١ من التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى في آثار الالتزام في القسانون المدنى اللبناني ص ٣٥ - ص ٣٦) .

النصين ، وقصرت الحكم في كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصا مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتتقضى بأنه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما » . والتماثل بين النصين هو أيضا واضح : ففي الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق في تعويض اضافى . ولا يفرق بين الحالتين الا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض في شرط جزائى ، وفي الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق عليه أو كان بالسعر القانونى . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدى الى المساواة في الشروط ما بين الحالتين ، فاشتراط في كل منهما غش المدين أو خطؤه الجسيم (١) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت « الخطأ الجسيم » ، واقتضرت على « غش المدين » كما مر القول .

والنص الذى نحن بصدده - المادة ٢٣١ - نص جديد لم يكن له مقابل في التقنين المدنى السابق . ولكن يمكن القول أنه ليس الا تطبيقا للقواعد العامة (٢) . والمبدأ الذى يقوم عليه النص - كما

(١) انظر الفكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان تأخير المدين في الوفاء بالمدين لا يستوجب أكثر من الزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت ان هذا التأخير كان لسوء نية المدين وترتب عليه الحاق ضرر استثنائى بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينها لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغى : نقض مدنى في ٢٢ من يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١ .

هو الأمر في المادة ٢٢٩ بـ هو مبدأ التعسف في استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء بيته في أحداث ضرر استثنائي بالدائن فهو انما يتعسف في استعمال حقه في الدفاع ، كما يتعسف الدائن في استعمال حقه في المطالبة (١) .

وتطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(١) الشرط الأول (أحداث ضرر استثنائي بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر في وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالما بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فان لم يستوفى هذا الحق كان معرضا لاجراءات شديدة من دائنيه قد تصل الى حد شهر الافلاس ،

(١) بل إن القضاء المصري ، في عهد التقنين المدني السابق كان يقضى بأنه إذا كان للدائن لا حق له الا في الفوائد القانونية او الاتفاقية تعويضا له عن تأخر المدين في وفاء ما عليه ، الا انه يجوز أن يكون له حق في تعويضات أخرى غير الفوائد اذا اثبت انه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين ونسبب اهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ - الاقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد اهمال المدين يكفى للحكم عليه بتعويض تكميلي ، وليس من الضروري أن يكون سوء النية .

وقد كان القضاء الفرنسي مستقرا هو أيضا على هذا المعنى . صدر في فرنسا قانون في ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدني الفرنسي (المعدلة بهذا القانون) تقضى بأنه يجوز للدائن ، الذى الحق به المدين المتأخر في الوفاء عن سوء نية ضررا غير مجرد التأخر ، أن يحصل على تعويض آخر مستقل عن فوائد المدين (انظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ - من ١٦٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤٠٤ - بلانيول وريبير ورتوان ٧ فقرة ٨٧٩ - بيندآن ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٤٢٨ ص ٤٢٩ - انظر أيضا المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨٨ من التقنين المدني الألماني) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر اما في التقنين المدني المصرى فقد يكون الضرر ناشئا عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضررا استثنائيا غير مألوف (انظر الإمتحان إسماعيل غسانم في أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد في إبرامها على استيفاء حقه ففاته الصفقة بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه .
ففي الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفي الحالة الثانية فاته ربح كبير (١) .

(الشرط الثاني) سوء نية المدين : فلا يكفي حدوث الضرر الاستثنائي على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سيء النية في عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء اثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائي وسوء نية المدين . ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة في ذمة المدين لتأخره في الوفاء بالمدين (٢) . وهذا التعويض

(١) ويضرب أوبري ورو مثلاً : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن من استغلال حق استرداد ، ثم لا يفي بوعده ، فيضيق على صاحب حق الاسترداد حقه . في هذه الحالة يرجع الموعود بالقرض على الوعد بتعويض يساوي الضرر الذي أصابه من جراء ضياع حقه في الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التي يقررها القاتون (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٥٠ - أنظر بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

(٢) ويلاحظ أن الفوائد لا يمكن إلا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر في صدر المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاق أو بسعر قانوني .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدني أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلي بالاضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر ، وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا دليلاً

التكميلي هو التعويض عن الضرر الاستثنائي الذي ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجوز في شأنه قواعد التقدير القضائي للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح .

٥٢٣ - الحساب الجارى : وتقضى المادة ٢٣٣ مدنى ، كما رأينا ، باستثناء الحساب الجارى من بعض القواعد التى تقررت فى نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجارى ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتى :

أولا - من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط فى سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة الى الحساب الجارى المطالبة القضائية ، بل ولا الاعذار . فمجرد الخصم والاضافة فى الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة الى أى إجراء آخر (١) . وقد تقدم ذكر ذلك .

ثانيا - من ناحية السعر القانونى التجارى : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدنى . فالسعر القانونى التجارى للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمناه ، ٥٪ . ولكن فى الحساب الجارى يختلف هذا السعر ،

= الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لاثبات توافرها ، فان الحكم المطعون فيه اذ لم يقض لهم بالتعويض التكميلي يكون صحيحا فى القانون : نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السبعة ٢٧ رقم ٣٤٠ ص ١٨٥٨ .

(١) استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ - ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٦ ص ٢٣٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ - فاذا ما اقل الحساب الجارى من رصيده دينا تستحق عليه الفوائد من وقت اقل الحساب الجارى (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ - ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩) اتفاقية كانت او متوالية .

وفقا للعرف التجارى ، بحسب اختلاف الجهات ، فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥٪ . والحساب الجارى لا يستثنى فى هذه الناحية الا فى السعر القانونى التجارى . فلا يستثنى فى السعر القانونى المدنى وهو ٤٪ ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى فى السعر الاتفاقى ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة الى الحساب الجارى ، هو ٧٪ (١) .

ثالثا - من ناحية تجمد الفوائد وتقاضى فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضا يستثنى الحساب الجارى ، كما تقتضى بذلك المادة ٢٣٣ مدنى (٢) . فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجارى من هذا التحريم (٣) . ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى (٤) .

- (١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .
(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صفة الحساب الجارى تزول عنه باقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه طبقاً للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عنه إلا اذا اثبت وجود قاعدة أو عادة تقتضى بذلك : نقض مدنى فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٦٣ ص ١١٢٠ .
(٤) ويؤسس بودرى وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة (indivisibilité du compte courant) فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجارى فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل ان عناصر الحساب الجارى تفقد ذاتيتها وتندمج جميعاً ، بطريق التجديد ، فى وحدة لا تتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى الى استثناء الحساب الجارى من قاعدة تحريم الربح المركب ، حتى لو كان حساباً غير تجارى ، لأن طبيعة الحساب الجارى واحدة ، تجارياً كان الحساب أو مدنياً (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٩ - ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ - فقرة ٤٢٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت الفوائد قد ادمجت فى رأس المال وتم تجميعها باتفاق الطرفين فاصبحت بذلك هى ورأس المال كلا غير منقسم فقدت بذلك صفة الدورية والتجدد اللتين يقوم على أساسهما التقادم الخمسى، فأنها لاتخضع لهذا النوع من التقادم ولا تتقارم الا باتقضاء خمس = (م ٧٧ - الوسيط ج ٢)

رابعاً - من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس
المسك : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب يستثنى من هذا الحظر ، لأن
هذا هو ما تقتضي به القواعد والعادات التجارية (١) .

= عشر سنة : نقض مدنى فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام
النقض السنة ١٥ رقم ١٦٢ ص ١١٠٦ .
(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد
استثناءات الحساب الجارى ما يأتى : « ويراعى أن الحساب الجارى خرج
من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكماً فيه .
فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببدا سرعان فوائد التأخير
وفىما يتعلق بتجميد الفوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر
الفائدة القانونية التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥ ٪ ، بل يجوز
أن يختلف تبعاً لتفاوت الأسعار الجارية فى الاسواق (مجموعة الاعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة الى الحساب الجارى كان معمولاً بها فى
التقنين المدنى السابق (انظر الموجز للمؤلف مقرة ٥٣ ص ٤٥٨) .

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ - أموال المدين ضامنة لالتزاماته - نصوص قانونية :
تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » .

« ٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ألا من كان
له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٤٥٤ -
٦٧٨/٥٥٥ - ٦٧٩ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ - ص ٦٠٢) .
وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ . وص ٦٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون على خمسة أنواع : الأول - الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم . . م ٦٧٩/٥٥٥ : يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة في القانون .

ولا يوجد فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في هذه المبادئ
المسألة .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٦٨ - ٢٧١ و ٢٧٥ (١) ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٠٧ ، وفي التقنين المدني الأردني المادة ٣٦٥ .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٥ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المدين لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق ، الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمدين ، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الافضلية . فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون ، لا تميز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم ، الا اذا كان هناك أسباب افضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعية رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له - وبعض تلك الوسائل احتياطي محض ، وبعضها يرمى مباشرة الى التنفيذ الاجباري . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الاجباري واعداد أسبابه . م ٢٧٠ : ان الوسائل الاحتياطية ، كوضع الأختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجاري ، يحق لكل دائن ان يتذرع بها وان كان حقه مطلقا على أجل أو على شرط . م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها الا اذا كان حقه مستحق الأداء - وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضا طريقة التفرغ (م ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومدين معا في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . م ٢٧٥ : ان الوسائل المتوسطة التي تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون ان يتم ذلك التنفيذ هي : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليائية وحق التفريق بين مملوكين .

التقنين المدني الكويتي م ٣٠٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الأردني م ٣٦٥ (مطابقة للمادة ٣٦٥ من التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة) .

وتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين . وسواء كان التنفيذ عينيا أو كان بطريق التعويض ، فإن مال المدين هو الذى يكون محلا لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هي اذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلتبس هذا الضمان العام بالتأمين الخاص الذى يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه ، فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره اذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : « الا من كان لهم حق التقدم طبقا للقانون » . ولكن هذا التقدم لا يستمد من الضمان العام ، وإنما يستمد من التأمين الخاص ، وبالنسبة الى العين التى يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين . فاذا باع

= وهذه النصوص تتفق مع المبادئ العامة التى تراعى فى التقنين المدنى المصرى والتقنينات المدنية العربية ، والتى سنوردها فيما يلى . ولكن يلاحظ ما يأتى : ١ - صرح التقنين اللبنانى أن الدائن خلف عام للمدين ، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . ٢ - جعل التقنين اللبنانى حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب الى الطرق المتوسطة لأنه يمهّد للتنفيذ دون أن يحققه . ٣ - ذكر التقنين اللبنانى « حق التفريق بين مملوكين » (séparation des patrimoines) بين الوسائل المتوسطة ، وفى هذا يقوم بعض الجدل (انظر دى باج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالميراث فى القانون الفرنسى ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين اللبنانى على غرار جوسران . ٤ - أغفل التقنين اللبنانى دعوى الصورية ، كما أغفلها التقنين الفرنسى . ولكن هذه الدعوى معترف بها فى لبنان ، تطبيقا للقواعد العامة وبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠ - ١٦١) ، وانظر ايضا فى الاسم المستعار (prête-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحى المحبصاى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٦٨ - ص ٧١)

المدين شيئاً من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادى أن يتتبعه في يد المشتري كما كان يستطيع لو أن لسه تأميناً خاصاً على المال (١) . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى اذن في حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء الى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، ما دام تصرف المدين ينقص أو يزيد في الضمان العام (٢) ، والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للمدين . وإنما هو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) أنقضت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانونى (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه (٣) .

(١) وهذه هي إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين ، فلما دخل في ملكه اندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامى للمؤلف ١ من ١٧ هامش رقم ١ - وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ - ٦٥٠) - ثم انظر في رفض نظرية الذمة المالية الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة في نظرية الذمة المالية .

(٢) انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ - وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٣) وإذا كان الخلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف في حق الخلف ، يسرى في حق الاصيل وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير وفي حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

والضمان العام الذي للدائن يتحول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا • وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية • وهذه الطرق جميعا انما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منها هو تأكيده وتقويته (١) •

٥٢٥ - الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ في شأنها اجراءات تحفظية • على أن هناك بعضا من هذه الأموال استثناء القانون (٢) • من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م ٩٩٧ مدنى) ، فلا يجوز اذن التنفيذ على هذه الاموال ولا الحجز عليها • ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لاسباب انسانية ترجع الى الشفقة بالمدين والرغبة في أن يترك له الكفاف من العيش •

وقد نصت المادة ٣٠٥ من تقنين المرافعات على انه « لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجية وأقاربه وإصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من

(١) انظر المواد ٢٦٩ - ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجهات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها (انظر أيضا فقرة ٢٤٤ في الهامش) •

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصوصا تضع قيودا على حق الدائن في التنفيذ على أموال مدينه ، هي المواد ٣٢٦ - ٣٣٠ من هذا المشروع • وقد حذفت هذه المواد في لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء في تقنين المرافعات في هذا الشأن • ولكن تقنين المرافعات السابق لم يشتمل على هذه المواد جميعا ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدى : اذا اثبت المدين ان صافي ما تغله أمواله من ايراد خالص في سنة واحدة يفي بسداد الدين من اصل وفوائد ومصرفات ، وعرض أن يفوض الدائن في استيفاء هذا الايراد ، جاز إيقاف اجراءات التنفيذ ، على أن يعود اليها الدائن اذا جد ما يحول دون استيفائه لحقنه • م ٣٢٩ من المشروع التمهيدى : ١ - اذا كان بعض مال المدين يفي بحق الدائن كاملا ، وجب قصر اجراءات التنفيذ على هذا المال • ٢ - ويبدأ الدائن بالمال الذى يكون بيعه اقل كلفة على المدين • (انظر هذه النصوص ومذكراتها الايضاحية واعمالها التحضيرية في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩ - ١٤٦ في الهوامش) •

الغذاء لمدة شهر » ونصت المادة ٣٠٦ من هذا التقنين على انه « لا يجوز الحجز على الاشياء الآتية الا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقرره : ١ - ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لازولة مهنته أو حرفته بنفسه . ٢ - اناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسبرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر » . ونصت المادة ٣٠٧ على انه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ولا على الاموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة الا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة (١) » ونصت المادة ٣٠٩ على انه « لا يجوز الحجز على الاجور والمرتبات الا بمقدار الربع وعند التراجع يخص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون » . ومن ذلك أيضا قانون الخمسة اغدنه (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) .

وفيما عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة الى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

والطرق التحفظية على نوعين : ١ - طرق يتخذها الدائن بالنسبة الى حقه الذي يريد التنفيذ به ، أي يتخذه في ماله . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة الى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط ، أو أن يقوم ببيع رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيود هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق امضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك ٢ - وطرق يتخذها بالنسبة الى أموال المدين حتى يحافظ عليها من انضياع ، وهي الضمان العام لحقه كما قدمنا . مثل ذلك أن يضع الاختام عليها عند موت المدين أو افلاسه ، أو أن يحضر محضر جردها ، أو أن يتدخل في اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) ، أو أن يتدخل خصما ثالثا في الدعاوى التي ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى

نفسه (١) انظر أيضا المادتين ٨٢٣ - ٨٢٤ من التقنين المدنى .

ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم اضرازا بحقوقه (١) .
أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ الا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (٢٨٠ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والعقود الرسمية ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقا بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب الا اشكالات التنفيذ المعروفة . أما اذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة في التنبيه (commandement) الذي يسبق التنفيذ ، أن يظن في هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفع الشككية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع الأمر في النهاية إلى القضاء ، والحكم الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك (٢) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ — بيدان ولاجازد ٨ فقرة ٤٥٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٣ — بلانيول وريبير وبولاتجية ٢ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٨١ .

ويدحض أن الدائن يتخذ هذه الاجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nomine) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقا مباشرا له لا حقا لمدينه . ولما كان الاجراء الذي يتخذه الدائن هو مجرد اجراء تحفظي ، فانه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترنا بأجل أو معلقا على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقا احتماليا على خلاف في الرأي (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

(٢) هذا الى انه لا يمكن بالورقة الرسمية الا تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضى الحصول على حكم لتقدير التعويض اذا لم يكن مقدرا في شرط جزائي . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز اعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه . انظر في كل ذلك دي باج ٣ فقرة ٩١ .

فإذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين (١) . والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصلت تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (٣٥٣ - ٣٥٢ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (٣٢٥ - ٣٥٢ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٤٠١ - ٤٥٨ مرافعات) . ثم نظم التقنين أيضا إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (٤٦٩ - ٤٨٦ مرافعات) .

(١) ويوجد الى جانب الحجز التنفيذية ، حجز تحفظية وهذه لا تقتضى الحصول على سند تنفيذي . ومن أهم الحجز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير جزا تحفظيا . وتوجد حجز تحفظية أخرى تكفل ببيانها تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ٣١٦ من هذا التقنين على أن « للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينة في الأحوال الآتية : ١ - إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الاذن وكان المدين تاجرا له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . ٢ - في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه » . ونصت المادة ٣١٧ على أن « لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له قانونا . ويجوز له ذلك إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما » . ونصت المادة ٣١٨ على أن للمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند حائزه » . ونصت المادة ٣١٩ على أن « لا يوقع الحجز التحفظي في الأموال المتقدمة الاقتضاء لحق محقق الوجود وحال الاداء » . وإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار ، فلا يوقع الحجز الا بأمر من قاضي التنفيذ يائن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا . ويطلب الأمر بعريضة مسببه ، ويجب في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تشمل العريضة على بيان واف للمنتقولات المطلوب حجزها . . . » ونصت المادة ٣٢٢ على أنه « إذا حكم بصحة الحجز تتبع الإجراءات المقررة للبيع في الفصل الاول من الباب الثالث أو يجري التنفيذ بتسليم المنقول في الحالة =

٥٢٦ - طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : فديمّا أن هناك طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيذية • فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هي تؤدى مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية • بل هي بين بين • فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه (١) •

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته • فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينقصه غش المدين أو تقصيره • وهذه الطرق من مباحث القانون المدنى لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تنفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول • وقد عدد التقنين المدنى الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استحدثتهما هذا التقنين •

أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية • ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهمان المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فبمباشرة الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، بذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك • وفي الثانية -

= المشار إليها في المادة ٣١٨ « . ونصت المادة ٣٢٤ على أنه « إذا حكم ببطلان الحجز التحفظى أو بإلغائه لانعدام أساسه جاز الحكم على الحاجز بغرامة لاتجاوز عشرين جنيهاً فضلاً عن التعويضات للمحجوز عليه » .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ض ٢٢٧ - جوسيران ٢ فقرة ٦٥٩ - دي باج ٣ فقرة ١٧٧ •

الدعوى البوليصية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين اذا عمد هذا الى التصرف في ماله اضاراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال الى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة - دعوى الصورية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصريف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه . فللدائن في هذه الدعاوى الثلاث اما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، واما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية ، واما أن يستبقى ما لم يخرج الا ظاهراً يدعى الصورية . وتبقى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين (١) .

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدني تجديداً ، هو حق الدائن في حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء مابين التحفظ على

(١) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجوز للدائن ، بما له من الحق على أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يطعن في تصرفاته اذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى في كل القواعد المنصوص عليها في المواد الآتية » . وجاء في المذكرة الايضاحية في صدد هذا النص : « يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذي تقدمت الإشارة اليه ، أثر عملي بالغ الاهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الأصل والعلة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرا عن حقوقه ما قد ينالها من جراء اهمال المدين أو سوء نيته : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية فالدائن اذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن في تصرفاته المعقودة اضاراً به ، حقيقة كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهي نشاطه الا الى المحافظة على أموال هذا المدين ، وهي قوام ما كفل له القانون من ضمان » .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتي (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

والتنفيذى • فهو أقوى من التحفظى لأن الدائن انما يتخذ تمهيدا للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذى لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مالك المدين ليستوفى حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ اجراءات التنفيذ على المال المحبوس •

ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس — كلها اجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصى • ثم هى اجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه •

والطريق الخامس هو أيضا اجراء فردى ، يتخذ أى دائن بمفرده ، ولكنه اجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو اشهار اعسار المدين • فقد تكفل التقنين الجديد — على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية — بتنظيم اجراءات هذا الاعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه • فاجراءات الاعسار هى أيضا تقويم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهى اجراءات أقوى من الاجراءات التحفظية اذ هى تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من الاجراءات التنفيذية اذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لابد للدائن من اتخاذ اجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر اعساره •

فنبحث اذن فى فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

(١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذيلها بالدعوى المباشرة (action directe).

(٢) الدعوى البوليصية (action paulienne, révocatoire).

(٣) الدعوى الضورية (action en simulation) (٤) الدعوى الاحتياطية (action en garantie) (٥) الاعسار (déconfiture) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

الفصل الأول



الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٥٢٧ - خطة البحث : تبحث : (أولا) شروط الدعوى غير المباشرة (ثانيا) ما يترتب عليها من آثار • (ثالثا) الدعوى المباشرة •

الفرع الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » •

« ٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار • ولا يشترط اعدان

(*) مراجع في الدعوى غير المباشرة : لابييه (Labbé) في استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ - بسبك (Bosc) بحث في حق الدائنين في استعمال دعاوى مدينهم رسالة من اكس سنة ١٩٠٢ - ديبويه (Dubey) في الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ •

المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى (١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة
٢٠٢/١٤٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية الغربية الاخرى : في التقنين المدني

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وأن عدم استعماله لها » الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدى « وأن اهماله في ذلك » . وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الاولى بالعبارة الثانية ، واصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ - ص ٦١٠) .

(٢) كانت المادة ٢٠٢/١٤١ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقدتها ، الا لمداينى العاقد ، فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم ان يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته او عن أى نسوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » .

وشروط الدعوى غير المباشرة في التقنين المدني الجديد لم تتغير عما كانت عليه في التقنين المقتى السابق ، ولكن نص التقنين الجديد أشد دقة وأوسع تفصيلا من الوجوه الآتية : ١ - لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدني الفرنسى . ٢ - قصر التقنين السابق حقوق المدين التى يستعملها الدائن على الدعاوى التى تنشأ عن المشارطات أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح ان الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقا أو مجرد اجراءات كما سنرى . ٣ - جاء التقنين الجديد أكثر تفصيلا لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاث لاثبات الاهمال) من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة اعدار المدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط ادخال المدين خصما في الدعوى (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

السوري المادة ٢٣٦، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦١، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٨، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣ (١)، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٠٨، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٦٦ .

٥٢٩ - الفكرة الاساسية في شروط الدعوى غير المباشرة هي وجود مصلحة مشروعة للدائن : ويبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الاساسية التي

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٧٦١ (مطابقة للمشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري - ولا فرق في الحكم) .
التقنين المدني الليبي م ٢٣٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه ، ولا سيما الحقوق والدعاوى التي يخرج موضوعها عن دائرة ارتهايتهم - غير أنهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكة ، فهو يبقى متسلما زمام ادارته بالرغم من سوء حاله اشغاله - ويجوز للدائنين ان يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدما اية معاملة للحلول محله في الحقوق والدعاوى المختصة به ، وان كانوا لا يملكون سندا تنفيذيا ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع في تلك المداعة الا اذا كان فيهم مستحق الأداء .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين اللبناني والمصري - رغم اختلاف العبارة والاسطوب . الا في شيء واحد : صرح التقنين المصري ان الدائن يستعمل حقوق مدينه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين اللبناني ، على النقيض من ذلك ، ان الدائن يجب ان يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (انظر في شرح التقنين اللبناني الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥ - ص ٦٠) .

التقنين المدني الكويتي م ٣٠٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة) .
التقنين المدني الاردني م ٣٦٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

ترد اليها هذه الشروط جميعا هي وجود مصلحة مشروعة للدائن •
ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هي
الفكرة الأساسية الأخرى التي ترد اليها آثار الدعوى غير المباشرة •
فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين - وجود مصلحة مشروعة للدائن
ونياية الدائن عن المدين - تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير
المباشرة •

وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع الى الدائن ، وبعضها
يرجع الى المدين ، وبعضها يرجع الى الحق الذي يستعمله الدائن باسم
المدين •

المبحث الأول

الشروط التي ترجع الى الدائن

٥٣٠ - لا يشترط في الدائن الا أن يكون له حق موجود : الشرط
الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain) ، وهذا
هو أدنى المراتب في الدائن ، فلو كان حقه احتماليا (éventuel)
كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النزاع
(litigieux) فان دائنيته لا تكون محققة • ومن ثم لا يستطيع
استعمال حقوق مدينه الا اذا انقلب حقه المحتمل الى حق موجود ،
أو أصبح حقه المتنازع فيه خاليا من النزاع (١) •

ويلاحظ أن حق الدائن اذا كان مقرونا بأجل أو معلقا على شرط -
سواء كان الاجل أو الشرط فاسخا أو واقفا - فانه يكون مع ذلك
موجودا ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه • أما الحق المقرون

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين
بحق الدائن ، أو نازعا فيه وفض للقضاء هذا النزاع لمصلحة الدائن (قارب
استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) •
(م ٧٨ - الوسيط ج ٢)

بالأجل فظاهر ، لان الحق يكون موجودا بالرغم من قيام الأجل ، والأجل انما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته . وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفا ، فانه ليس بالحق الاحتمالى ، بل هو حق له وجود قانونى يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل أو المعلق على شرط حق موجود ، وان كان غير مستحق الأداء ، واستحقاق الاداء ليس بشرط كما سنرى (١) .

٥٣١ - فلا يشترط في حق الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الاداء أو معلوم المقدار : انعقد اجماع القضاء والفقه في فرنسا ، وكذلك في مصر في عهد التقنين المدنى السابق ، على أنه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الاداء (٢) (exigible) وقد كنا في عهد التقنين المدنى

المدنى السابق

(١) وقد يتل انه لا محل في الدعوى غير المباشرة للكلام في الحق المؤجل ، فان هذا الحق بحكم اعراس المدين - والاعسار شرط في الدعوى غير المباشرة - يصبح مستحق الاداء ، اذ الاعسار يسقط الاجل . وهذا يكون صحيحا لو أن الاعسار الذى يسقط الاجل هو نفس الاعسار المشروط في الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الاجل لا يسقط الا بشهر اعسار المدين بشروط واجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الاعسار ، أما الاعسار في الدعوى غير المباشرة فيكفى لتحقيقه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة الى صدور حكم بذلك .

وقد قضت محكمة النقض أن مفساد المادة ٣٨٧ من القانون المدنى أن للدائن استعمال حق مدينهم في التمسك بالتقادم ليصلوا بذلك الى ابعاد الدائن الذى تقضاهم حقه عن مشاركتهم في قسمة اموال المدين . ويشترط لاستعمال الدائن حقوق مدينة وفقا للمادة ٢٣٥ مدنى أن يكون دينه في ذمة المدين محقق الوجود على الاقل ، فان كان ذلك الدين محل نزاع فانه لا يعد محقق الوجود الا اذا فصل القضاء بثبوتة (نقض مدنى في ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ - مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ١٨٠ ص ١٢٤٨) .

(٢) وقد بسطنا هذا الراى في كتابنا « نظرية العقد » على الوجه الآتى : « ولكن الراى السائد في فرنسا وفي مصر (في عهد التقنين المدنى =

السابق لا نذهب الى مذهب اليه الجمهور في هذه المسألة ، وكنا نرى أنه لا يشترط في استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق

(السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضى بأن يكون الحق مستحق الأداء ، أى أنه يكون خاليا من النزاع مقدرا حالا ، ولا يكفى خلوه من النزاع . وهذا الراى يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى في الاجراءات التحفظية أو في الاعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة الى أنها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهى ليست كذلك من الاجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل في شؤون المدين ، ويزيد في ما له في بعض الفروض ، ولايكفى بالمحافظة على الموجود منه في الحالة التى هو عليها كما هو الامر في الاجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة اذن هى بين بين ، فهى أقوى من اجراء تحفظى وأضعف من عمل تنفيذى . ولذلك لا يكفى في الدائن أن يكون حقه خاليا من النزاع كما يكفى ذلك في الاجراءات التحفظية ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كمسا يشترط ذلك في الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الاجراءات التحفظية دون أن يسمو الى مرتبة الاعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الراى أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هى غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقا لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم » (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) . راجع أيضا مازو دروس في القانون . الجزء الثانى فقرة ٩٦٩ .

انظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ — فقرة ١٠١ — لوران ١٦ فقرة ٣٧٣ . وانظر أيضا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى ١٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ — نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ داللو ٥٤ — ١ — ٣٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ — ١ — ٦٧ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — محمد صالح فقرة ٥٩ — فتحي زغلول ص ٣٧٣ . وانظر أيضا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ، ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك .

ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتا في سند تنفيذى ، فالدعوى غير المباشرة ، وان كانت تمهد للتنفيذ على مال المدين ، الا أنها ليست بذلك اجراء من اجراءات التنفيذ، راجع اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٢ .

الأداء أو معلوم المقدار (١) • ويقول بهذا الرأي في فرنسا — على خلاف الاجماع — الاستاذان كولان وكابيتان ، فهما يذهبان الى أنه يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذى تقتضيه القواعد العامة • والدائن الذى يكون حقه غير معلوم المقدار — كالمضروب في عمل غير مشروع — أو يكون حقه غير مستحق الأداء — كالدائن لأجل أو بشرط — له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه (٢) •

ومهما يكن من شك في هذه المسألة في عهد التقنين المدنى السابق، فقد أزال التقنين المدنى الجديد كل شك ، اذ ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء (٣) • وما دام لا يشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتا في سند قابل للتنفيذ (٤) •

٥٣٢ — وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :
يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ — ص ٧٥٦ — انظر ايضا في هذا المعنى : عبد السلام ذهني فقرة ٣٣٠ — محمد صادق فهمي فقرة ٤٥٤ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ •

(٢) كولان وكابيتان موراندير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — ويذهب أوبري ورو الى عدم اشتراط استحقاق الدين اذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ — ص ١٨١ — ونظر ايضا بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ — وانظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسى الايطالى وهى تخول للدائن المقرن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) •

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣ — ص ٦٠٤ و ص ٦٠٨ — ص ٦٠٩ •

(٤) استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ الحماية ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ •

هو أن يكون حقه موجودا • وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه •

لا فرق في ذلك بين دائن عادى أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز (١) • ويلاحظ أن الدائن اذا كان له تأمين عينى — رهن أو امتياز أو نحو ذلك فانه يثبت له بذلك صفتان : (أولا) صفته باعتباره ذا تأمين عينى ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه فى العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع ، (ثانيا) صفته باعتباره دائنا شخصا ، وهو من هذه الناحية تنطبق عليه ما ينطبق على سائر الدائنين الشخصيين • فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين : الشئ المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهى ضمان عام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التى تريد فى هذه الأموال أو تنقص منها ، فله اذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن فى تصرفاته بالدعوى البوليصية ودعوى انصورية ، شأنه فى ذلك شأن كل دائن شخصى (٢) •

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالحل سواء فى استعمال حقوق المدين (٣) •

(١) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ •
(٢) نظرية العقد للمولف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ •
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقارا بعقد غير مسجل يعتبر دائنا للبائع فى التزامه بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانونا فى أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الاطيان التى باعها بعقد هو أيضا غير مسجل ، طالبا اليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) • وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري الذى يستحق المبيع فى يده له أن يستعمل حق مدينه البائع فى الرجوع بالضمان على بائع (١ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) •

ولا فرق أخيرا بين ما اذا كان مصدر هذا الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، غالبائع دائن بالاثمن ، والمضور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثري بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم (١) .

٥٣٣ - ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين : وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذى يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البوليصة حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه فى الدعوى البوليصة ، كما سنرى ، لا يكون تصرف المدين ضارا بالدائن الا اذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن . أما فى الدعوى غير المباشرة ، فانه سواء كان حق المدين انذى يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو فى الحالتين داخل فى الضمان العام للدائن ، وله إذن أن يستعمله باسم المدين (٢) .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك فى عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن (٣) .

وينبنى على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فان هذا لا يمنع من استعمال حقوق مدينه (٤) .

-
- (١) ديموج ٧ فقرة ١٦ .
 (٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ - ديموج ٧ فقرة ١٦٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ - جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .
 (٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ .
 (٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

٥٣٤ - ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة : ونيست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ اليها الا اذا لم يكن أمامه طريق آخر (١) . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها الى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشتري من المشتري يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت اليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لا يمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشتري مدينه (٢) .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الايجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين (٣) .

وقد يستعمل المحال له حق الحيل قبل الخال عليه مع أن له دعوى مباشرة (٤) .

(١) كذلك لا يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة ان يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ١٦٩) .
(٢) استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ - ١ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٣) انظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدني - كتاب الايجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ - محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ - لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٣١ - ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ - عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .
(٤) ولكن ذلك يكون في الغالب - وفي عهد التقنين المدني السابق - اذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه في التقنين الاهلى ، فعند ذلك يلجأ المحال له الى الدعوى غير المباشرة (استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

ولا يشترط أيضا في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصرا ووجب عليه أخذ إذن من دائرة الاحوال الشخصية أو الحصول على أجازة الولى أو الوصى . فما دام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشيء من هذه الاجراءات . ولكن لما كان لابد من ادخال المدين في الدعوى كما سنرى ، فإنه يجب اتخاذ هذه الاجراءات عند ادخاله (١) .

٥٣٥ - ولا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين : كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين انما يستمدها من القانون كما سنرى ، فهو في غير حاجة الى أن يستمد نيابته من القضاء (٢) . هذا الى أن الاذن القضائى بالحلول لهم يرد فيه نص (٣) ، وطبيعة

(١) ديمولومب ١٥ فقرة ١٠٩ - هيك ٧ فقرة ٢٠٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١١٣ - قارن دى بـاج ٣ فقرة ١٩٦ - عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ - هذا ولاشك في أن عدم قيام الدائن بالاجراءات التى كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدا نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث من الأهلية في شخص الأصيل وهو هنا المدين لا في شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة في مصلحة النائب لا في مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل في الدعوى مع النائب وهذا أيضا يخالف المبادئ المعروفة في النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ - ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ - ديمسوج ٧ فقرة ٩٦٥ - جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ - أنظر عكس ذلك كولى دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما - ص ١٨٠ و ص ١٨٢ - لا يشترطان الآن بالحلول اذا كان الغرض الوحيد من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

(٣) وذلك كالنص الذى ورد في المادة ٧٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بوجوب حصول الدائن على إذن قضائى للحلول محل مدينه في قبول ميراث لهذا المدين (أنظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠) .

الدعوى لا تقتضيه (١) ، ومن ثم لا ضرورة لاذن قضائي بالحلول اذا اراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزا تحفظيا على ما لمدين مدينه لدى الغير (٢) .

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لا يشترط في الدائن الا أن يكون حقه موجودا . وغنى عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجودا مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه ، فاذا وفي الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه ، فقد هذا صفته كدائن ولم تعدله مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه (٣) .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع الى المدين

٥٣٦ - شروط ثلاثة يجب توافرها في المدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له في ذلك مصلحة مشروعة عاجلة

(١) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على اذن قضائي في الحلول محل المدين - على أن الاذن القضائي بالحلول لم يعد له مقتضى ما دام لا بد من ادخال المدين في الدعوى (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦) .

(٢) ولما كان من القواعد المقررة في حجز ما للمدين لدى الغير انه لايجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة ، اي انه لايجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه الا مدين واحد محجوز عليه ، كان من الممكن أن يشتبه الامر في الدعوى غير المباشرة ، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير ، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد . الا ان هذه الشبهة تزول اذا لاحظنا أن الدائن الذي يستعمل حق مدينه في توقيع الحجز تحت يد الغير انها يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، فهو ومدينه في هذا الحجز شخص واحد ، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه الا مدين واحد محجوز عليه ، هو في هذه الحالة مدين المدين .

(٣) دى باج ٣ فقرة ٢٠١ .

كما قدمنا ، وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النياية القانونية للدائن ، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتيم هذه النياية على المدين (١) .

ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن الا اذا توافر في المدين شرطان : ١ - ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن اذا فاته عليه الحق الذي يريد الدائن استعمانه ، أى أن يكون فوات هذا الحق على المدين سببا في اعساره أو في زياده اعساره ٢٠ - أن يكون مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه .

يضاف الى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو ادخال المدين خصما في الدعوى (٢) .

٥٣٧ - فوات الحق على المدين يكون سببا في اعساره أو في زيادة اعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفى منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقا للمدين لاصلاحه له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم غضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجوب أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه بسبب اعساره أو يزيد في هذا الاعسار . والمراد بالاعسار هنا هو الاعسار لفعلى ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما يشهره بشروط واجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الاثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين ملزما بأن يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب اعساره أو لا يزيد في هذا الاعسار ، بل الدائن هو الذى عليه أن يثبت أن هذا الحق - ونفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال

النحضرية ٢ ص ٦٠٩ .

أن يملكها بالتقادم — لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه • ويستوى أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سببا في اعساره ، أو أن تكون غير كافية الا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على المدين سببا في زيادة اعساره ، ففي جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين (١) : وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفي منها حقه أو بعض حقه • ولو لم يمكن القانون الدائن من ذلك ، فملك الحائز العين بالتقادم ، لكان هذا سببا في وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين في المحافظة على أمواله (٢) •

٥٣٨ — تقصير المدين في عدم استعماله حقه بنفسه : ولا يكفي أن

يكون عدم استعمال المدين لحقه سببا في اعساره أو زيادة اعساره ، بل يجب أيضا أن يكون المدين مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه • أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فإنه يستطيع أن يفعل • ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الاجراءات التي بدأها ، وأن يترك اتمامها للمدين (٣) • وكذلك الحال لو أن المدين ،

(١) انظر في وقف التقادم وانقطاعه • الدكتور محمد علي عمران ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني السنة الرابعة عشر يوليو سنة ١٩٧٢ •

(٢) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ — ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ •

(٣) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م =

عندما أدخل في الدعوى ، عمد الى مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفا ايجابيا في ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبيا من الخصومة تاركا للدائن عبء مباشرة الحق (١) .

وفي حالة ما اذا يابشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصما في الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصما ثالثا ليرقب بنفسه الاجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه في الدفاع عن حقه (٢) . وله الى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البوليصية اذا تواطأ المدين فعلا مع الخصم للاضرار به (٣) .

وعبء اثبات تقصير المدين في استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل اذا أن موقفه السلبي هذا يهدده بالاعسار أو

تقديم طلب الإفلاس .

= ٣٨ ص ٣٨٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ . جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ — ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ — تارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

(١) بل ان المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصما فيها ، بأن يتفق مع الخصم على انتهاء النزاع صلحا . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فان المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الاضرار بالدائن ، فلهذا أن يطعن في هذه الحالة بالدعوى البوليصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هامش رقم ٣) — الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٦٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(٣) ديملومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

بالزيادة فيه (١) . فلو أن المدين ، اذ لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما اذا تملك المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الاجراءات (٢) . وخيفة من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد اعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين (٣) .

وابتات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيرا معينا في جانب المدين (٤) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ يذكر أن الدائن عليه أن يثبت اهمال المدين ، فعُدل النص في لجنة المراجعة ، واكتفى في التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه (٥) . وغنى عن البيان أنه اذا أثبت الدائن

(١) والمقصود بالاعسار هنا الاعسار الفعلى ، بأن تزيد ديون المدين على حقوق لا الاعسار القانونى الذى يستلزم حكما بشهره ، فلا يشترط أن تكون الديون المستحقة وحدها هى التى تزيد على ما للمدين من أموال بل العبرة بكافة الديون ما استحق منها وما لم يستحق . فاذا كانت الديون التى على المدين تزيد عما له من حقوق على هذا النحو ، كان للدائن مصلحة مشروعة فى اللجوء الى الدعوى الغير مباشرة (اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ص ١٦١ .

(٢) أو رفع الدعوى ، ثم استئناف الحكم الابتدائى ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الاجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملًا اذا أوعز الى دائئه أن يتدخل فى الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هى المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ - مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اضاف المدعى الى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجابه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، والا كان حكمها معيبا متعينا نقضه ، ولا يصلح ردا على ذلك قول المحكمة انه ليس للدائن ارغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

(٥) انظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آتفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش .

أن المدين لم يستعمل حقه ، فلمدين أو للخصم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعا أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

٥٣٩ - ادخال المدين خصما في الدعوى - عدم ضرورة اعداره :

لم ينص التقنين المدني السابق على ضرورة ادخال المدين خصما في الدعوى ، ولذلك كان الرأي الغالب - كما هو الأمر في القانون الفرنسي - أن ادخال المدين خصما في الدعوى ليس بشرط (١) . لكن اذا لم يدخل المدين خصما في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر فيها كان لا يسرى في حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين فإنه يسرى في حق الدائن وفقا للقواعد العامة المقررة في حجية الأمر المقضى (٢) . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل خصما في

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ - لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ - بودري ويلارد ١ فقرة ٦٣٥ - ديوج ٧ فقرة ١٦٨ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ - والتون ٢ ص ٩٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ - الاستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ - الاستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ - انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ - ديملومب ٢٥ فقرة ١٠٧ . ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى القول بأن ادخال المدين ليس شرطا لقبول الدعوى غير المباشرة . ومع ذلك فكثيرا ما يدخل الدائن المدين في الدعوى التي يباشرها باسمه للمطالبة بحق من حقوقه حتى يكون الحكم التي يصدر فيها حجة عليه .

منازو . دروس في القانون المدني ، الجزء الثاني فقرة ٩٧٢ ، داللو ١٩٦١ ص ٦١٩ ، جازيه دي باليه ١٩٦١ - ١ - ٣٠٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - وفي فرنسا انقسم الفقه : فرأى يذهب الى أن الحكم لا يسرى في حق المدين اذا لم يدخل في الدعوى (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأى ثان يذهب الى أن الحكم يسرى في حقيق المدين سواء كان في مصلحته او ضده (كوليه ذي سانتيز ٥ فقرة ٨١ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأى ثالث يذهب الى أن الحكم يسرى في حق المدين اذا كان في مصلحته لا اذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

الدعوى ، فاذا لم يدخله فان الخصم هو الذى يدخله حتى يجعل
الحكم يسرى فى حقه (١) • وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه
خصما فى الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويوقف عمل الدائن كصا
قدمنا • وللقاضى من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال المدين خصما اذا رأى
فائدة فى ذلك (٢) •

وقد ذهب التقنين المدنى الجديد فى هذه المسألة مذهباً آخر ،
فنص صراحة (م ٢٣٥ فقرة ٢) على وجوب ادخال المدين خصما فى
الدعوى • فلا يجوز اذن لدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن
يدخل المدين خصما ثالثا ، فاذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم
قبول الدعوى ، الا اذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم
نفسه • فالحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى اذن فى حق المدين ،
مادام قد أصبح طرفا فى الدعوى (٣) •

(١) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — أوبرى
ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — ص ١٨٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٩١٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ •
(٢) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — الاستاذ
محمد صادق فهمى فقرة ٤٥١ — على ألا يكون ادخال المدين خصما فى
محكمة الاستئناف حتى لا يضيع عليه درجة من درجات التقاضى (انظر نقض
فرنسى أول اغسطس سنة ١٨٥٩ دالوز ٥٩ — ١ — ٢٥٣ — ٢ اغسطس
سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ — ١ — ٢٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٩١٦) — كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بها يقرر انه
يعمل باسم المدين ، مادام هذا الامر يمكن فهمه من مجموع العبارات
الواردة فى صحيفة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥
ص ١٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) •

(٣) ولا يقال انه مادام الدائن نائبا عن المدين ، فقد كان ينبغى أن يغنى
هذه النيابة عن ادخال المدين خصما فى الدعوى ، ذلك ان النيابة هنا هى
لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لا بد من ادخال المدين
خصما فى الدعوى حتى يرقب اجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه •
وقد قضت محكمة النقض بأن المدين الذى اوجبت الفقرة الثانية من
المادة ٢٣٥ من القانون المدنى ادخاله خصما فى الدعوى غير المباشرة قد
يتخذ موقفا سلبيا تاركا للدائن بحث مباشرة الدعوى عنه أو يسلك موقفا =

ولما كان لا بد من ادخال المدين خصما ، فقد استغنى بذلك عن اعذاره ، فان ادخاله خصما أقوى من الاعذار (١) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدنى صراحة على عدم ضرورة الاعذار . وكذلك كان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق دون نص صريح على ذلك ، اذ ليس فى القواعد العامة ما يحتتم الاعذار الا نحو الخصم الذى يياشر الدائن فى مواجهته حق المدين اذا كان الاعذار ضروريا (٢) . وبهذا الرأى أخذت جمهرة الفقهاء فى فرنسا (٣) ، وسار عليه الفقه فى مصر (٤) ، قبل أن يتضمنه نص فى التقنين المدنى الجديد .

وغنى عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين فى الدعوى (٥) . ويسرى الحكم الصادر فى الدعوى مع ذلك فى حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب ادخاله فى الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذى يصدر فى مواجهته يكون حجة عليهم جميعا وفقا للقواعد المقررة فى حجية الامر المقضى (٦) .

= ايجابيا فيعمد الى مباشرة الدعوى بنفسه ، وحينئذ يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين : نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .
(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .
(٢) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير او بمصروفات الدعوى مثلا .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — ولارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركادية ٤ فقرة ٤٩٣ .
(٤) الاستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٣١ — الاستاذ محمد صادق نهى فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ احمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — انظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٥) استئناف محتلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .
(٦) على أنه اذا كان المدين تاجرا مفلسا ، فالدائن لا يياشر الدعوى باسم المدين الا فى مواجهة السنديك ، والحكم يكون باسم السنديك (م ٢٢٠ تجارى) .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع الى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ - القاعدة واستثناءاتها : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه « جميع حقوق هذا المدين ، الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هي أن أى حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولا) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز الدائن أن يستعملها باسم المدين (١) . (ثانيا) ألا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حـق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، اذ هو ليس حقا للمدين . (ثالثا) أن يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعا) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامسا) أن يكون الحق مثقال بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن في استعماله (٢) .

٥٤١ - يجوز للدائن استعمال أى حق للمدين : يجوز للدائن ، كقاعدة عامة ، أن يستعمل أى حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق . فقد يكون هذا الحق حقا شخصيا ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل . وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصى الذى محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة فى الاستعمال . ومع ذلك فان هناك اجراء امام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة

(١) والاستثناء هنا ظاهرى ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهرى حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ فقرة ٣ .

لتقاضى ما للمدين من نقود في ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع في العمل ففي حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن — بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة — الى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود في ذمة مدين المدين ، فاذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الاجراء اجراء تنفيذيا ، وتمكن الدائن باجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين (١) . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فان الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفى بذلك ، بل لابد له حتى يصل الى حقه من أن يباشر اجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى (٢) .

وقد يكون حق المدين حقا عينيا يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويغلب أن يأخذ الحق — شخصا كان أو عينيا — صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين (٣) ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق (٤) . ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٢) دى باج ٣ فقرة ١٨٢ — ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز إذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك . والفرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

(٣) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير ومع ذلك فلا يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى الا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه ، حتى ينفذ به

ذلك على ما تنتجه هذه الدعاوى من مال (ديموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩) .
(٤) ومن الدعاوى التي يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين اذا كان مشتريا في الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو في الرجوع على البائع بها دفعه وفاء لدين مضمون برهن على العقار المبيع =

اسم « الدعوى غير المباشرة » ، أخذاً بالغالب • على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد اجراءات ، دون أن يرفع دعوى أمام القضاء • وهذه الاجراءات اما أن تكون تصرفات قانونية أو اجراءات مادية • مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئاً للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين • ومثل الاجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يجدد قيد الرهن ، أو يسجل عقداً للمدين حتى تنتقل اليه الملكية ، أو يقطع

= (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) ، ودعوى المدين البائع في استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ — ص ٢١ — ٢٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من الحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر في مطالبة الوصي بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين في رفع مناقضة (contredit) لانزال بعض الديون المبالغ فيها الى مقدارها الحقيقي (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين اذا كان شريكاً في شركة في الطعن ببطالان اتفاق على تعديل الشركة او على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط اجراءات اتخذت لنزع ملكيته (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين في ان يطعن في عقد صدر منه بالبطلان او بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دي باج ٣ فقرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسي الا يعطى الدائن الحق في الطعن بإبطال العقد باسم المدين بحجة ان التمسك بإبطال عقد لعب في الرضاء أو لنقص في الاهلية مسألة يرجع الشخص في تقديرها الى اعتبارات ادبية : نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللو ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك انظر : نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللو ٥٣ — ١ — ١٦٠) ، ودعوى المشتري ضد البائع يباشرها المشتري من المشتري (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — وقسارن استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحي زغلول ص ٣٧٤ =

تقادما سرى ضد المدين ، أو يطالب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد (١) . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس اعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم باجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفع عن المدين (٢) .

= نظرية العقد للمؤلف ، فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ — عكس ذلك : تولييه ٧ فقرة ٥٦٦) ، ودعوى المالك في استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث في المطالبة بنصيبه في الميراث ، ودعوى الوصي له في المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين في طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مسعجل ٢٦ يولييه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفي مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفي رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الاصيل بياشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق في وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف في الرجوع على المستحق أخذاً أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ أنه يجب في هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولاً شخصياً نحو المستحق الاول ودائناً شخصياً للمستحق الثاني) .

(١) ومثل الاجراءات المادية أيضاً اتخاذ الاجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظي ، وحجزها للمدين لدى الغير ، والتنبيه بانتهاء عقد الايجار (إذا كان الدائن كفيلاً للمستأجر وتأخر هذا في دفع الاجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) — ومن أجل مباشرة الدائن للاجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسي عبارة « الحقوق والدعاوى » فينصرف لفظ « الحقوق » الى الاجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ — استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٢٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ — دي باج ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائته ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن متصلاً بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ — دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

٥٤٢ - لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخصة : ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه الى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريد لها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن ، ولا أن يلغى باسم مدينه عقد ايجار بدعوى أن الاجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . « فحق » قبول الايجاب ، « وحق » الغاء عقد الايجار ، « وحق » ادارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الادارة سيئة (١) ، ليست حقوقا يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها (٢) .

ولكن اذا أصبحت الرخصة حقا ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له في

(١) انظر تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٧٦ فقرة ٢) : « غير انهم (اي الدائنين) لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في ادارة مملوكة ، فهو يبقى متسلما بزمم ادارته بالرغم من سوء حالة اشغاله » .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها - هيك ٧ فقرة ١٩٤ - بارتان على اوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٩ - ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ - فقرة ٩٠١ جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ - والتون ٢ ص ١٠٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

ويقال عادة في تبرير اخراج هذه الحقوق من نطاق الدعوى غير المباشرة انها ليست حقوقا بالمعنى الدقيق وانما هي مجرد رخص (facultés) لا شأن للدائن في استعمالها ، فهي لا تمثل قيما مالية بذاتها حتى يشتملها الضمان العام للدائنين ، ويفرق بعض الشراح في هذا الصدد بين الرخص والخيارات . فالخيارات تستند الى حقوق سبق اكتسابها ، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر الحق له أو يردّها فيزول الحق منه . الاستاذ اسماعيل غاتم ، المرجع السابق ص ١٥٦ والمراجع المشار اليها فيه .

قبول الوصية (١) ، وحق المنتفع في قبول الاشتراك لمصلحته (٢) ، وحق الموعدو بالبيع في الشراء ، وحق المشتري وفاء في استرداد الشيء المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزا (٣) ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها

(١) وهناك رأى يذهب الى انه لايجوز للدائن ان يستعمل حق مدينه في قبول الوصية ، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودرى وبارد ١ مقرة ٦٢٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٠٤) .

(٢) ويذهب بعض الفقهاء الى ان قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لايجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دى باج ٣ مقرة ١٨٧ — بودرى وبارد ١ مقرة ٦٢٣) . والصحيح ان حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس الا لجعله حقا غير قابل للنقض . فثم اذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم ان يجعلوه غير قابل للنقض ، الا اذا تبين ان الأمر يتعلق لاعتبارات ادبية بمحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لايجوز للدائنين استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لانه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ مقرة ٨٢٣ ومقرة ٩٢٨ — الاستاذ احمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ مقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام مقرة ١٠٠ ص ١٥٣) .

وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله الى منتفع آخر او الى نفسه ، يعتبر رخصة لايجوز لدائني المشترط استعمالها ، وهو على كل حال موكل الى محض التقدير الشخصي للمشرط (بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف مقرة ٨١٨ ص هامش رقم ٢) .

(٣) فحق الموعدو بالبيع وحق المشتري وفاء كلاهما حق ذو تيمة مالية نشأ عن عقد الوعد او عقد البيع وفاء ، مثلها مثل حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويحسن في هذا الصدد ان نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعدو بالبيع وحق المشتري وفاء وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص في ان يشتري دار غيره اذا رضى صاحب الدار وحق المالك في ادارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص في قبول الايجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع : فالحق الكامل هو وحده الذى يستطيع الدائن ان يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في تلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .

ويميز بودرى وبارد ما بين حق لايتحتاج الا الى مجرد =

باسم المدين (١) •

أما التمسك بالتقادم ، فالرأى الراجح أنه رخصة لا حق ، وأن التقادم لا يتم الا بالتمسك به (٢) • وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ مدنى نصت استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه اذ تقول : « لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » ،

== اثبتت ... (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة في كسب الحق وهذه لايجوز للدائن استعمالها (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) •

(١) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — ديملومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥ فقرة ٥٣ و فقرة ٧٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — انظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقرة ٤٢٧ — هيك ٧ فقرة ١٩٥ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص في الفقرة الاولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى على أن : « لكل دائن ولو لم يكن حقه يستحق الاداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، ألا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ... » يدل على ان نطاق الدعوى غير المباشرة لايشمل الحقوق التى يؤدى استعمال الدائن لها الى المساس بها يجب أن يبقى للمدين من حرية في تصرف شئونه ، فيجوز للدائن أن يرفع دعوى بابطال عقد كان مدينه طرفا فيه لعيب شاب رضاه ، ولايعتبر بذلك من قبيل الحقوق المتصلة بشخص المدين فيجوز من ثم استعمالها باسمه ، واذ انتهى الحكم المطعون فيه الى توافر شروط الدعوى غير المباشرة ومن ثم يحق للمطعون عليه الثانى الطعن على عقد الايجار الصادر من المؤجر له الى الطاعنه لصدوره نتيجة اكراه فانه يكون قد اصاب صحيح القانون : نقض مدنى في ٤ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ •

(٢) فالتقادم المسقط ابن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هي مرور الزمن وتصرف قانونى هو اعلان المدين لارادته في التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير ان الواقعة المادية في التقادم المكسب هي مرور الزمن من الحيازة معا •

وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة الى التقسادم
المكسب (١) .

« وحق » الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، « وحق » الشريك فى
استرداد النصيب الشائع ، كلاهما رخصة لايجوز للدائن استعمالها
بالنيابة عن المدين ، مثل قبول الايجاب الموجه الى المدين (٢) .

٥٤٣ ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا يباشره المدين عن غيره :
ثم ان الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق
المدين نفسه ، لاحقا يباشره المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، اذا كان
مدينه وليا لقاصر ، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى
انما يباشرها المدين عن القاصر بصفته وليا له . وكذلك الأمر لو كان
المدين قيما على محجور عليه أو ناظرا على وقف ، فلا يجوز للدائن
أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف (٣) .

كذلك اذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ،
فلايجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين (٤) ،
لأن حق مدين المدين انما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا

(١) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية
العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أما النزول عن التقادم
فيجوز للدائن أيضا استثناء الطعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٣٨٨ و ١٧٣
مدنى) على النحو الذى سنورده فيما بعد .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ — هيك ٩ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير
وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — دى باج ٣ فقرة ١٨٧ — عكسى ذلك : أوبرى ورو
٤ فقرة ٣١٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والتون ٢
ص ١٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٤) قارن استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٦
فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

يجوز للدائن أن يستعمل حقا يباشره مدينه بالنيابة عن غيره (١) . وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في ايقاع الحجز التحفظي على ما لمدين المدين لدى مدين مدين دون مجاوزة لهذا الحد (٢) .

٥٤٤ - ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا متصلا بشخص المدين خاصة ، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك ان الدعوى غير المباشرة انما تستند ، كما قدمنا ، الى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب اذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن انحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهي حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين ، لايجوز للدائن استعمالها . فلايجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئا ماليا عن المدين كأنقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق اللعان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب وإلح اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه انقاص

(١) فلا يجوز لبائع العقار الذي لم يستوف الثمن كاملا ، وترك قيد كل من امتياز وامتياز المشتري منه يسقط ، أن يجدد قيد امتياز المشتري من المشتري في الميعاد القانوني ، ليطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقي له من الثمن . فهو اذا كان يستطيع أن يجدد قيد امتياز هو ، وأن يجدد باسم المشتري منه قيد امتياز هذا المشتري ، فانه لا يستطيع أن يجدد قيد امتياز المشتري من المشتري ، لأن هذا التجديد انما يجريه مدينه المشتري باسم مدين مدينه المشتري من المشتري ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشتري (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سريه ١٩٣٧ - ٢ - ١٢٩ - دالوز أنسيكلوبيدي ١ action oblique فقرة ٤٠) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٠٥ مكررة - نظرية العقود للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ . راجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٥١ .

تُفَقَّهٌ قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه (١) . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي الى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك المدين حراً في تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبة ، فلدائنى الورثة أن يرفعوا هذه اندعوى باسم مدينتهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (٢) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية : إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لايجوز للدائن استعماؤها ويعتبر الحق المالى متصلاً بشخص المدين إذا قام فى أساسه على اعتبارات أدبية (٣) ، وذلك كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة (٤) ، وحق

(١) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ — هيك ٧ فقرة ٢٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

(٢) ويشترط ديمولومب الا يكون اثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لاثبات الميراث ، لا طلباً فى الدعوى يراد انحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ — وانظر أيضاً : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩١ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣١ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٤) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك انظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع فى وقفية ليس حقاً متصلاً بشخص المدين — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبرى وزو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ — فقرة ٦٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

المصاب في التعويض عما أصابه من الضرر الأدبي (١) ، حوق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره (٢) .

(١) وهذا ما لم تظهر ارادة المصاب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، فاذا ظهرت هذه الارادة قاطعة في صورة اتفاق مع المسمى أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقا ماليا كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ الطبعة الثالثة المجلد الثاني ص ١٢٨١ - ص ١٢٨٢) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن يتميز فيه بين التعويض عن الضرر المادي وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبي وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذي أوضحناه ولايجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ - ديرانتون ١٠٥٧ - لوران ١٦ فقرة ٤١٩ - ديملومب ٣٥ فقرة ٨٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ - فقرة ٩ - دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ - فقرة ٢٥ - الاستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٢٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر ماديا ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، ما دام أنه ضرر مادي لا ضرر أدبي (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢٠ فقرة ١٣٩٣ - كولان وكاييتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٢ - جوسران ١٠ فقرة ٦٦٨ - عكس ذلك : ديملومب ٢٥ فقرة ٨٢ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ - بيندان ولارجارد ٨ فقرة ٦٣٦ - بون ٦٥٩) . وقد جاء في كتاب أحكام الالتزام للدكتور صبحي المحمصاني (ص ٥٧) أن القضاء اللبناني يذهب الى أن الدية هي تعويض مادي وأدبي للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولايمكن أن تدخل في عداد أموال المدين التي يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المنفرد في جبيل الصادر في ٢١ تشرين الثاني سنة ١٩٥١ النشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ - ويعتبر حق الوالد في محاسبة ابنته على نفقات حفظ-امتعتها المودعة عنده حقا متصلا بشخصه (مصر الكلية الاهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩) . كذلك يعتبر حق المدين الراهن في نقل التكليف باسمه حقا متصلا بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٢) .

هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه في الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن ينزل عنه اذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن ألا يستعمل حقا له ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وانما وضعت =

٥٤٥ - ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين غير قابل للحجز:

ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند الى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز - وهي لا تدخل في هذا الضمان - لا يجوز للدائن استعمالها ، اذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى • وجميع الحقوق التي يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة فدادين (١) ، كل هذه الحقوق لايجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة • وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التي لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفي هنا بالإحالة الى ما قدمناه من ذلك •

٥٤٦ - ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين مثقلا الى حد

الاستعراق : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذي فائدة للدائن • فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق • مثل ذلك أن يسترد الدائن عينا مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضمانا لدين يستغرق قيمتها ، ففي هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة في استرداد هذه العين ما دام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شيء من ثمنها يستوفي منه حقه • ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن في المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع (٢) •

= قواعدا لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة

١٠٦ - دى باج ٣ فقرة ١٩٠) •

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ - ٢٧

مارس سنة ١٩٤٧ م ٥١ ص ١٦٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٤ - فقرة

٦٠٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ •

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ •

الفرع الثاني

الآثار التي تقترب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين • وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه (١) » •

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم واخذ في التقنينين •

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ فقرة ٤ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٠٩ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٦٧ (٢) •

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد • واقرته لجنة المراجعة وقد سئل في هذه اللجنة عما اذا كان يجوز للدائن باعتباره نائباً عن المدين ان يتصلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لايجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوى على تصرف • وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي • ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ - ص ٦١٢) •

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) •
التقنين المدني العراقي م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) •

التقنين المدني الليبي م ٢٣٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين =

٥٤٨ - الفكرة الأساسية في آثار الدعوى غير المباشرة هي نيابة الدائن عن المدين : والآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز كلها في فكرة أساسية ، هي نيابة الدائن عن المدين كما سبق القول .
واننيابة هنا نيابة قانونية ، نص عليها التقنين المدني الجديد صراحة في صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصل (١) ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ - بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب ادخال المدين - وهو الأصل - خصما في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصل في الدعوى غير ضروري ، بل ويكون الحكم ساريا في حقه حتى لو لم يدخل .

٢ - أن المدين اذا كان قاصرا أو احتاج الى اجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فان هذا لا يكون ضروريا بالنسبة الى الدائن

= (المدنى المضرى) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٤ : « وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذى شرع فى الدعوى امتياز ما على الآخرين » . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى ، رغم اختلاف العبارة والاسلوب) .
التقنين المدنى الكويتى م ٣٠٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى مع اختلاف طفيف فى الصياغة .
التقنين المدنى الاردنى م ٣٦٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدنى المصرى) .
(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٨٦ .

وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضروريا . وقد تقدمت الإشارة الى ذلك .

٣ - لا يجوز للدائن أن يصطلح على انحق الذى يستعمله باسم المدين ، فان نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة (١) .

٤ - لا تغنى اجراءات الدعوى غير المباشرة عن اجراءات التنفيذ ، فالدائن انما ينوب عن المدين في استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة الى اتخاذ اجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذى يستعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية - أن الدائن ليس الا نائبا عن المدين في استعمال حقه (٢) - هى التى تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين الذى يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة الى الخصم الذى يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة الى الدائن الذى يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين

٥٩ - بقاء المدين محتفظا بحقه : يبقى المدين محتفظا بحقه الذى يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن

(١) انظر تاريخ المادة ٢٣٦ أنفا فقرة ٥٤٧ فى الهامش .
(٢) وهذه النيابة هى أيضا الفرق الأساسى بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والآخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . كالدعوى البوليصة الدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعها الدائن باسمه خاصة . راجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٦٥ ، الاستاذ عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ١٠٨ .

ليس الا نائبا عنه ، والقاعدة أن الاصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين اذن محتفظا بحرية التصرف في حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فان كان هذا الحق عينا ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها (١) . واذا كان الحق ديناً ، جاز للمدين أن يتصرف فيه حواله ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولا يستطيع الدائن الا الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية على النحو المتقدم . وفي هذا تتجلى افضلية حجز ما للمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة ، فان الحجز يرفع يد المدين عن الدين الى حد كبير . هذا الى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفى بالدين الى المدين ، بخلاف ما اذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك (٢) . ومن ثم كان التجاء الدائنين الى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم الى الدعوى غير المباشرة (٣) ، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان المدين الذي يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذا في حق الدائن - شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه - ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، الا ان ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للاضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن ان يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٣) بل قد يكون الواجب هو ان يوقع الدائن حجز ما للمدين لدى الغير لا ان يرفع الدعوى غير المباشرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذي حكم له بدينه ، ويريد اقتضائه من مدين مدينه ، لا يجوز له ان يرفع بطل هذه الدعوى ، بل له ان يحجز على ما يكون لمدينه من مال =

المباشرة في العمل (١) .

وكما يستطيع المدين التصرف في حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه ، بل يستطيع أن ينزل عنه عينا كان أو دينا ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك . وليس للدائن الا الانتحاء الى الدعوى البوليصة كما قدمنا (٢) .

وللمدين كذلك أن يستقضى حقه بأي سبب من أسباب استقصائه ، فله أن يستوفيه ، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة (٣) أو باتحاد الذمة أو بالابراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك (٤) . وله أن يحول بحقه الى محال له (٥) ، كما سبق القول .

٥٥٠ - بل لا بد من دخول المدين خصما في الدعوى غير المباشرة: ولا يقتصر الامر على بقاء المدين محتفظا بحقه ، بل يجب أيضا كما رأينا أن يدخل خصما في الدعوى غير المباشرة ، والا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصما يكون غير ضروري لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل المدين في

= (نقد) تحت يد الغير حجزا تنفيذيا ، فإذا لم يقر المحجوز لديه بالدين فحشا أو تدليسا ، فله أن يرفع عليه دعوى الالتزام ليحكم له بدينه تعويضا طبقا لما تقتضيه أحكام المادة ٤٢٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مسنى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١ .
(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٩ - بلانپول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ - والتون ٢ ص ١٠٠ - ص ١٠١ نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٤) استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .
(٥) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(م ٨٠ - الوسيط ج ٢)

الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك (١) .

وقد قدمنا أن الدائن اذا لم يدخل المدين خصما في الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، الا اذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم . ومن ثم فان الحكم الذي يصدر في الدعوى — ودخول المدين في الخصومة ضرورى كما رأينا — يكون ساريا في حق المدين ، وفي حق الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة ، وفي حق سائر الدائنين من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل .

أما في التقنين المدني السابق فلم يكن دخول المدين خصما في الدعوى ضروريا لقبولها ، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما فيها . ولكن الحكم في هذه الحالة لا يكون ساريا في حق المدين ، ولا في حق الدائنين الذين لم يدخلوا في الخصومة (٢) . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ،

(١) يصرح بعض الفقهاء في فرنسا (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دى هلتس ١ لفظ (créancier) . فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنبابة الدائن عن المدين ، ويستندون في ذلك الى أن النيابة انما تكون في صالح الاصيل لا في صالح النائب . وليست الحجة التي يستندون اليها بحجسة مقنعة ، فانه اذا كانت النيابة كخافذة عامة في صالح الاصيل دون النائب . فليس في طبيعتها ما يمنع من أن تكون في صالح النائب دون الاصيل . ومما يلاحظ في هذا الصدد ان الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة في يد الدائن ، بل هي نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٣) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة التي أخذ بها صراحة التقنين المدني الجديد (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ .

بك وكان لأي دائن لم يدخل في الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين (١) .
ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ،
أن الدائن يدخل المدين خصما في الدعوى ، والا أدخله الخصم أو
القاضي ، أو دخل هو من تلقاء نفسه (٢) . وقد بسط التقنين الجديد هذه
التعقيدات ، بأن أوجب ادخال المدين خصما في الدعوى على النحو
الذي بسطناه فيما تقدم (٣) .

المبحث الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى الخصم

٥٥١ - علاقة الخصم بالدائن : والخصم في علاقته بالدائن
يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها
المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى (٤) . وهذا تطبيق آخر لأحكام
النيابة .

فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء (٥) والتجديف
واتحاد الذمة والمقاصة والابراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب
الانقضاء سابقا على رفع الدعوى أو ثاليا له . كما سبقنا الإشارة
الى ذلك .

(١) ويتبين من ذلك انه اذا لم يدخل المدين خصما في الدعوى ، فان
الحكم الذي يصدر لصالحه يستفيد منه والدائنون الذين لم يدخلوا في
الدعوى . أما اذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه
المذكورين (بيدان ولا حارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .

(٢) أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والاحكام المشار
اليها والمراجع . وأنظر آتفا فقرة ٥٣٩ .

(٣) أنظر آتفا فقرة ٥٣٩ .

(٤) تولبيه ٧ فقرة ٥٦٨ - ديولومب ٢٥ فقرة ١١٦ - لوران ١٦
فقرة ٤٠١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ - بودري وبارد ١ فقرة
٦٣٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٥) ولا حاجة لأن تكون المخالصة الصادرة من المدين ثابتة بالتاريخ
لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين • وله كذلك أن يتمسك ذلك في مواجهة الدائن بإجازه المدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك في مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الاجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون اخلال بحق الدائن في الطعن في هذه الاجازة بالدعوى البوليصة •

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأى اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النزاع ، كما اذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء في الشيوخ لمدة لاتزيد على الحد القانوني في دعوى قسمة رفعها الدائن، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذي رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين ينالقض العقد الظاهر الذي رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه (١) ، أو بصحية الأمر المقضى (٢) •

وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه (٣) • فلا يسوغ للدائن اذن أن يسلك طريقا من طرق الاثبات ما كان للمدين أن يسلكه (٤) • واذا كان الحق المرفوع به

(١) دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٣ •

(٢) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ • وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحوالة بمثابة قبول لها) •

(٣) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ •

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة اسيوط الكلية استئناف ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ •

الدعوى غير المباشرة هو حق المشتري في أخذ المبيع ولم يكن اثمن قد دفع ، فدائن المشتري عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن (١) .

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم واندائن شخصيا ، لأن الدائن انما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله الا بما يتمسك به قبل المدين (٢) . وللخصم - والمدين لا بد أن يكون قد أدخل خصما في الدعوى كما تقدم القول - أن يقيم في مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . وكان لا يستطيع ذلك في عهدا التقنين المدني السابق لو أن المدين لم يدخل خصما في الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه الا الدائن يقيم في مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن اذا كان يستطيع أن يكون مدعيا باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (٣) .

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .
(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفى الدائن الدين الذي له في ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحا في هذه الحالة ، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر في مباشرة الدعوى اذ لم تعد له مصلحة في ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ - لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك اذا كان الدين الثابت في ذمته أكبر من الدين الثابت في ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . واذا كان للخصم دين في ذمة الدائن يعادل الدين الذي للدائن في ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم اجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذي له في ذمته وفاء للدين الذي في ذمة المدين للدائن ، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه لا مصلحة له في أن يستمر في مباشرة الدعوى على النحو الذي قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجرى مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو في ذمته له .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٥٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

٥٥٢ - علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، علاقة مدین بدائن • وللخصم أن يفی دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحا كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجددہ وما الى ذلك مما سبقت الإشارة اليه •

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى الدائن

٥٥٣ - لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى : والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا • ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى ضد الخصم انما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن ، والمدين وحده هو الذى يفيد مباشرة منه • ويترتب على ذلك أيضا أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الاول أقل من الثانى أو أكثر (١) • ويترتب على ذلك أخيرا أن ما حكم به للمدين يدخل فى أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين ، فيفيد منه جميع الدائنين ، سواء من دخل منهم خصما فى الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذى رفع اندعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة • وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ اذ تقول : « وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين ، وتكون ضمانا لجميع دائنيه » (٢) •

(١) على أن الخصم اذا رأى أن ما فى ذمة المدين للدائن أقل مما فى ذمته هو للمدين فانه يستطيع أن يفی الدائن حقه ، فينهى الدعوى بذلك على النحو الذى قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ - والتون ٢ ص ١٠١) •

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ وص ٦١١ •

٥٥٤ - تراحم الدائنين : وينبني على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضمانا عاما لكل الدائنين ، أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعا فيقسموه فيما بينهم بقسمة غرماء (١) . بل انه كان لأحد من هؤلاء الدائنين - ولو لم يكن الدائن الذي رفع الدعوى - على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما اذا كان له رهن أو امتياز ، فانه يتقاضى حقه قبل الجميع (٢) .

على أنه يلاحظ أن تراحم الدائنين انما يكون اذا تقدموا جميعا في الوقت المناسب . أما اذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم في الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذي رفع الدعوى من اجراءات التنفيذ بحقه فانه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقي معه فيه (٣) . أما

(١) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ض ٥٨ - ٥ نويه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - ١٥ يويه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - ١٥ يويه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ - والتون ٢ ص ٩٩ - ١٠٠ - نظرية العقد للمؤلف - فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .
وقد قضيت محكمة النقض بانه إذ أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ، ويدخل في عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه ويتقاسموه قسم غرماء : نقض مدني في ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٦ ص ١٠١ ونقض مدني ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٥ المجموعة السابقة السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

(٢) لوزان ١٦ فقرة ٤٠٧ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٤ - بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ - ١١ يويه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ - ٥ يويه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - ١٥ يويه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك ان الدعوى المباشرة - كالدعوى البوليصة ودعوى الصورية - لاتتخذ فيها اجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هي الحال في الافلاس التجاري . أما في القانون الروماني فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البواسبية يباشرها نائب عن جميع الدائنين = (magister, curator bonorum)

الدائنين ، اذا عين للتركة مصف ، أن يسابق الباقي ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين ، حتى لو كان هو الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة (١) .

لذلك كثيرا ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ الى جانب اجراءات رفع الدعوى اجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفي هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر : رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خاليا من النزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ اجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله فى الدعوى . وهذه الاجراءات أما أن يريد بها المطالبة بحقه وفى هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، وأما أن يريد بها التنفيذ وفى هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتا فى سند قابِل للتنفيذ . واتخاذ اجراءات التنفيذ فى وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل للدائن أن يستولى لنفسه على ما يحكم به ليستوفى حقه ، فبإمّن بذلك الى حد كبير مبادرة المدين الى التصرف فى حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول فى الدعوى ، أو من الاشتراك فى اجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعا قسمة غرما (٢) .

= وكانت تدخلان الاجراءات التى تتبع لتصفية اموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الافلاس التجارى والافلاس المدنى ، (لابيه فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(١) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ - ٦ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ .

الفرع الثالث



الدعوى المباشرة

(Action directe)

٥٥٥ - مكان الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى في العمل وقلة فائدتها للدائن السدي يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص الى تراحم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى . ولهذا يعتمد المشرع ، في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، الى أن يجعل لهذا الدائن - الى جانب الدعوى غير المباشرة انقضى يشترك في فائدتها معه سائر السدائنين - دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين فيستوفي منه حقه (١) . ونرى من ذلك ما بين

* مراجع : سرجان (Sergent) في الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - سوليس (Solus) في الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - دبريه (Depray) حقوق الامتياز على الديون والدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ - روبينو (Robino) في حقوق الامتياز واسباب التقدم الاخرى على الديون رسالة من بور دو سنة ١٩٥٠ - ديموج ٧ فقرة ١٨٩ - فقرة ١٠١٨ - فلاتيه (Flattet) في العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ - فقرة ١٤٤ - بيدان وفوران (Bendant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٦٣ .

(١) دي باج ٢ فقرة ٧١٦ - هذا وقد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة ، فلو اجتمع دائنان ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، وزفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما في ذمته ، فان صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة الا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسم الحق بينهما قسمة غزراء ، وهذا بخلاف ما اذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فانه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، اذا لم تكن له الا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل خصما في الدعوى غسيرة المباشرة التي رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفي له بالمدين =

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الاولى ، وهذا ما فعلناه في كتاب نظرية العقد (١) ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء (٢) .

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفي الصور التي يكون فيها حق المدين في ذمة ددين المدين ناشئاً عن عقد ، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره إلى الغير (٣) . ذلك أن العقد الذي أنشأ حقاً للمدين في ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلاً مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفاً في العقد . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أنه « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر » . فهذا عقد أيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو

= مباشرة غير مستقلة به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقره ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) .

(١) وان كنا قد أوردنا الدعويين ، في كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البوليصية ودعوى الصورية في صدد الكلام في اثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .

(٢) انظر ديوج ٧ فقرة ١٨٩ وما بعدها - جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ . والفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، أن الاولى يقيمها الدائن باسم مدينة يطالب فيها بحق هذا المدين وما يقضى به فيها يدخل في عموم أموال المدين ضماناً لحقوق جميع دائنيه يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء ، أما الدعوى المباشرة فيقيمها الدائن باسمه للمطالبة بحق مباشر له يطلب الحكم به لمصلحته لا لمصلحة مدينة ولذا فهو يستأثر بما يقضى به في تلك الدعوى : راجع في ذلك نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ .

(٣) وتقضي قاعدة نسبية آثار التصرفات القانونية ، أن التصرف القانون لا ينتج آثاراً إلا بالنسبة لأطرافه . وهذا الحكم هو الذي يتفق وطبائع الاشياء كما ذهب إلى ذلك جانب من الفقه في فرنسا . فضلاً عن ذلك فإن لهذه القاعدة جذورها في القانون الروماني إذ عبر عنها فقهاء القانون الروماني بالقاعدة اللاتينية الشهيرة (Res inter alio acta) وترجع هذه القاعدة إلى ما كان للشكليات من أهميته في القانون الروماني . وتبعاً لذلك فلم يكن من المتصور أن ينتج التصرف القانوني آثاراً بالنسبة لغير أطرافه ، وهم الذين نطقوا بالعبارات والالفاظ اللازمة لإبرام التصرف =

المستأجر الأصلي ، حقا في ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن .
أما المؤجر فهو ليس طرفا في عقد الايجار من الباطن ، وكان ينبغي ألا يسرى هذا انعقد في حقه . ومع ذلك فإن النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحقوق الذي أنشأه في ذمته نصلحة المستأجر الأصلي عقد لم يكن المؤجر طرفا فيه وهو عقد الايجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء (١) ، الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التي تقضى باقتصار أثر العقد على طرفيه ، وهذا أيضا وضع منطقي سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة انما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعي خاص ، شأنها في ذلك شأن حق الامتياز ، فإن التقنين المدني المصري ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على انحالات التي قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبناني فإنه أورد نصا عاما في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده في الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجري على الوجه الآتي : « يكون الأمر على خلاف ما تقدم (أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) اذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق اقامة الدعوى المباشرة ، فإن نتائجها تعود إلى المدعى دون سواء ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن اجراؤها الا اذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور (٢) » .

وسنورد الحالات التي نص المشرع في التقنين المسدنى المصرى

= القانونى راجع رسالة محمد على عمران المقسمة الى جامعة باريس سنة ١٩٦٦ :

(١) أنظر دى باج ٢ فقرة ٧١٣ - الاستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الاستاذان اسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل ان المكان الطبيعى لدراسة الدعوى المباشرة تفصيلا يكون عند دراسة نظرية التأمينات (الأستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام من ١٣٥ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر في ذلك الدكتور صبحى الحمصانى في احكام الالتزام في القانون المدنى اللبنانى ص ٥٩ - ص ٦٠ .

الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ،
ثم نبحت الأساس الثانوي والتصوير الفني للدعوى المباشرة •

المبحث الاول

حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري

.....

٥٥٦ - المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من
التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ - يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة
ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر » •
« ٢ - ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما
يكون قد عجلة من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل
الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الايجار من
الباطن (١) »

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر
من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وبفسير ذلك من
الالتزامات التي أنشأها عقد الايجار من الباطن في ذمة المستأجر من
الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو
ذلك • والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار
الذي في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر

(١) ليس الغرض من ايراد النصوص التي تنشئ الدعوى المباشرة
شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في العقود التي تقررت فيها هذه
الدعوى • ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة
كما وردت في هذه النصوص - هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية
الآخري نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة
ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي
تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٥٨٧ - ٥٨٨ وفي التقنين المدني
الكويتي المادة ٢/٦٠٢ •

المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار (١) ، وليس المقدار الذى فى ذمة المستأجر الأصلى للمؤجر ، الا اذا كان هذا المقدار الثانى أقل من المقدار الاول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولولا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن الا بالدعوى غير المباشرة (٢) ، ولزاحمه فى نتيجة هذه

(١) ولا يعتد - كما يقول النص - بالآجرة التى عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلى عن مدة انتفاع مستقبلية ، الا اذا كان تعجيل الآجرة قد تم قبل الانذار وكان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الايجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه اذا عجل المستأجر من الباطن الآجرة للمستأجر الأصلى بعد الانذار ، فلا يكون هذا التعجيل نافذاً فى حق المؤجر حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت . اما اذا عجل الآجرة قبل الانذار ، فان هذا التعجيل يكون نافذاً فى حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدنى أنه فى الايجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلى خاضعة لاحكام عقد الايجار الأصلى ، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد ، ويسرى على العلاقة بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن أحكام عقد الايجار من الباطن ، ولا ينشئ هذا العقد علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلى الا فى شىء واحد هو الآجرة ، فيكون المستأجر من الباطن ملزماً بان يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى من الآجرة ومن وقت انذار المؤجر له عن المدة التى تلى الانذار على نحو ما فصلته المادة ٥١٧ من القانون المدنى . اما سائر الحقوق والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الايجار فتبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة ما بين المؤجر الأصلى والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلى ، ولا ينشئ عقد الايجار من الباطن - ولو كان قد صرح للمستأجر فى عقد الايجار الأصلى بالتأجير من الباطن - الا اذا قبل المؤجر الأصلى الايجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الآجرة من المستأجر من الباطن : نقض مدنى فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٧٢ ص ٨٩٦ .

الدعوى سائر دائئى المستأجر الأصلي (١) • ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أى تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن يستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مدينا له مباشرة ، فيكون مدين المستأجر من الباطن مدينا لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده (٢) •

٥٥٧ - المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة

٦٦٢ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ - يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الاصلى وقت رفع الدعوى • ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلى ورب العمل » •

« ٢ - ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدھم تحت يد رب العمل أو المقاول الاصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز • ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه • ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة » •

« ٣ - وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل » (٣) •

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق لا يحتوى على نص مقابل للمادة ٥١٦ من التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن ألا الدعوى المباشرة (انظر عقد الأيجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦) •

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ •

(٣) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هذا مقرران أيضا فى التقنين المدنى السوري (م ٦٢٨) ، وفى التقنين المبنى العراقى (م ٨٨٣) وفى التقنين المدنى الليبى (م ٦٦٠) ، وفى تقنين الموجبات والفقود اللبنانى (م ٦٧٨) ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٦٨٢ •

ويثبتين من هذه النص أن العقيدة ما بين المقاول ورب العمل ينشئ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل • يطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة • الا اذا كان ما لهم في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط • ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قيد أعطيت لِدائنين متعددين ، فان كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ماله من حق اذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسحق للوفاء بحقوقهم جميعا كاملة •

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم (١) •

ولهؤلاء الدائنين جميعا — عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن — الى جانب الدعوى المباشرة خلق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي ، كل منهم بنسبة حقه • ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على

(١) ويترتب على ذلك ان يكون لعمال المقاول من الباطن دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، كما انه يكون لهم دعوى مباشرة قبل رب العمل وهو مدين مدين مدينهم • ويكون لهؤلاء العمال دعوى مباشرة قبل المقاول الأصلي بقدر ما هو مدين به قبل المقاول من الباطن وقت رفع الدعوى • ويتحدد كذلك مقدار المبلغ الذي يجب على رب العمل أن يدفعه الى عمال المقاول من الباطن بالقدر الذي يكون رب العمل مدين به لهذا المقاول • ويترتب على اعطاء هؤلاء العمال هذا الحق انه من وقت انذارهم لرب العمل بأن يدفع لهم ما هو مدين به للمقاول ، فانه لا يجوز بعد هذا الانذار لرب العمل ان يتقدم بالوفاء للمقاول وانما يجب عليه الوفاء مباشرة لعمال المقاول بالقدر الذي يكون هو مدين به للمقاول راجع محمد على عمران في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ص ٣٦٩ •

جميع دائني المدين المحجوز عليه ، بلّ ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضا على تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقا على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدنيه ، بلّ وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز (١) .

٥٥٨ - الموكل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - اذا أقال الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية . »

« ٢ - أما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطأه في اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات . »

« ٣ - ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » (٢) .

(١) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري أوسع نطاقا من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي من وجوه عدة : (أ) الدعوى المباشرة في التقنين المصري أعطيت للعمال فحسب بل أيضا للمقاولين من الباطن ، ولم تعط في التقنين الفرنسي إلا للعمال ، (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة في التقنين المصري ، وليس هناك حق امتياز في التقنين الفرنسي . (ج) نص التقنين المصري على تقدم العمال والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ، وفي التقنين الفرنسي يتقدم المتنازل له اذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذا في حق العمال . (انظر في المسألة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) . وراجع أيضا محمد علي مهران . المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين =

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل .

وفي الصورة التي يرخص فيها الموكل للوكيل في اقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلاً للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة . على أنه حتى في هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله ، فإن قواعد التسخير (الاسم المستعار (prêt-nom) هي التي تسري في هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لايجاد هذه العلاقة المباشرة في صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في اقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً ، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

= المدنى السوري المادة ٦٧٤ وهي مطابقة . وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٢٩ ، وتجري على الوجه الآتي : « ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذن الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأية . ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته » ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨ وهي مطابقة . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٤ ، وتجري على الوجه الآتي : « وفي جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها » ، وهذه هي الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٧١ . وتجري على الوجه الآتي : « ١ - ليس للوكيل أن ينوب عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كان مرخصاً له بذلك من قبل الموكل أو أجاز له القانون . ٢ - فإذا رخص الموكل للوكيل في اقامة نائب عنه دون تعيينه لشخصه ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً عن خطئه في اختيار نائبه أو من خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلاً دعوى مباشرة في الحالتين اللتين عرض لهما (١) ، وعلى النحو الذى بسطناه . لولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية في ذلك (٢) .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصيل متضامناً مع نائبه في المسؤولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفى أى منهما بالدعوى غير المباشرة التى كان يقتصر عليها — فيتحمل مزاحمة دائئى مدينه — لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ - المضرور مع شركة التأمين : وهناك أخيراً حالة للدعوى المباشرة تدرج فيها التشريعات الخاصة ، وهى حالة رجوع المضرور فى حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور فى الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذى أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التى أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لا بد فيه من نص .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد المادتين ٧٠٨ و ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل ان يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الاصلى ذلك سواء كان الموكل قد رخص للوكيل الاصلى بتوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة او لم يرخص له بذلك ، ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الاصلى على الموكل من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التى انفقها من ماله الخاص والتى استلزمها تنفيذ الوكالة (نقض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٠٨ ص ١٣٨٦) .

(٢) انظر فلاتيه فى المقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ — وقارن الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

وقد كفل في فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لملك العين المؤجرة وللجيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض ، عند إحتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق . ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكملة قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) للعامل المضور في حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت مسؤولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضور في أى حادث على مبلغ التأمين الذي اشترطه المسئول في التأمين على مسؤوليته . وانتهى الأمر في فرنسا الى تعميم الدعوى المباشرة ، ففقت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ باعطاء الدعوى المباشرة لكل مضور في حادث ضد شركة التأمين التي أمنت المسئول .

أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ٨٣٣ منه على أنه « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسؤولية المؤمن له » فكان هذا النص يجعل للمضور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيقاضي منها في حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه في ذلك دائنو المسئول . ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا التشريع متضمنا النص المحذوف ، لا يمكن القول بأن للمضور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، ولا يرجع المضور على الشركة الا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المسئول وفي هذه الحالة يزاحمه دائنوه (١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضور في حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع

(١) انظر الوسيط الجزء الاول فقرة ٦٥٧ .

الشركة أن تدفع دعوى المضرور الا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقا للحدود المرسومة لمسئوليتها (١) . والقول بأن المضرور أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي لا يمكن تخرجه ، وفقا للقواعد العامة ، الا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال ان المسئول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضرور ، فصار للمضرور حق مباشر - لا دعوى مباشرة (٢) - قبل الشركة . ويجب الرجوع في ذلك الى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط (٣) .

ولما أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، نص في مادته الخامسة على أن للمضرور في هذه الحوادث حق الرجوع بالتعويض على شركة التأمين المؤمن لديها وذلك بدعوى مباشرة . وقد جرى قضاء محكمة النقض على أنه قبل العمل بأحكام القانون .

(١) استئناف مخطوط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ - وانظر ايضا : استئناف مخطوط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ - عكس ذلك : استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وانظر الاستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

(٢) وسفري ان الحق المباشر المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الثاني فقرة ٦٥٧ ص ١٣٨١ هامش رقم ١ . ويؤسس جانب من الفقه في فرنسا ومصر الدعوى المباشرة التي للمضرور قبل المؤمن على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير . غير ان هذا التأسيس لا يستقيم وما اتجهت اليه اردة المؤمن له ، اذ انه لم يقصد افادة المضرور ، وانما كان يبغي فقط حماية نفسه من الآثار التي تتربط على ما قد يحدثه للغير من اضرار . واذا انتفى عن الاشتراط لمصلحة الغير هذا الركن النفسي وهو قصد اعطاء الغير حقا ، أصبح من غير الممكن أن تؤسس الدعوى المباشرة المقررة للمضرور عليه (راجع محمد علي عمران في الرسالة السابقة ص ١٥٦ - ١٦٥ .

سالف البيان لا يكون للمضروع حق الرجوع على شركة التأمين بحق مباشرة الا حيث تتضمن وثيقة التأمين اشتراطا لمصلحة الغير (١) . اما بعد العمل بأحكام ذلك القانون فقد أصبح للمضروع الحق في الرجوع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذى اصابه نتيجة حادث السيارة دون اشتراط أن يستصدر أولا حكما بتقرير مسؤولية المؤمن له عن الحادث وتحديد مبلغ التعويض المستحق عنه ودون ضرورة لاختصاص المؤمن له في الدعوى ، ذلك ان التزام المؤمن طبقا لاحكام القانون سالف الذكر يمتد الى تغطية المسؤولية عن افعال المؤمن له ومن يسأل عنهم وغيرهم من الأشخاص غير المصرح لهم بقيادة السيارة المؤمن عليها على حد سواء ، ومن ثم فان التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمضروع لا يستلزم سوى أن تكون السيارة التى وقع منها الحادث مؤمنا عليها لديها وأن تثبت مسؤولية قائدها عن الضرر سواء كان تابعا للمؤمن له أو غير تابع ، صرح له بقيادتها أم لم يصرح ، اذ لا تأثير لذلك كله الا بالنسبة لدعوى الرجوع المقررة للمؤمن دون أن يمتد الى حق المضروع قبل الاخير (٢) . ويلاحظ أن مسؤولية شركة التأمين قبل المضروع على أساس الدعوى المباشرة لا تقوم الا اذا تحققت مسؤولية المؤمن له ، فاذا قضى بعدم مسؤولية المؤمن له مدينا ، انقضت بالتالى مسؤولية شركة التأمين ولا يستطيع المضروع بعد ذلك ان يرجع عليها بالدعوى

(١) نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ٢٧ ص ١٧٢ . - ونقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ المجموعة السابقة السنة ٢٣ رقم ١٦ ص ١٠١ .

(٢) نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١١٥ ص ٦٣٠ . - ونقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٧٨ المجموعة السابقة السنة ٢٩ رقم ٨٦ ص ٣٧ - ونقض مدنى فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٧٨ المجموعة والسنة السابقة رقم ٣١١ ص ١٦١٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن حق شركة التأمين فى الرجوع على مالك السيارة المؤمن له لاسـتـرداد ماتـكون قد دفعتـه من تعويض =

المباشرة (١) •

على أن هناك حالة في مصر ورد فيها تشريع خاص ينشئ الدعوى المباشرة • فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) (٢) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في القانون بحسب جسامه الاصابة ، واذا كان صاحب العمل مؤمنا على حوادث العمل (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الاجباري على أصحاب الأعمال) ، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معا متضامنين • فهذا التشريع قد جعل للعامل دعوى مباشرة يرجع بها على شركة التأمين • واذا دفعت الشركة قيمة التعويض ، فانها تحل محل صاحب العمل في حقوقه قبل المسئول عن الحادث •

ومن حالات الدعوى المباشرة أيضا ما قبضت به محكمة النقض من أن الثابت فقها وقضاء أن المرسل اليه وان كان ليس طرفا في عقد النقل الذي انعقد بين المرسل والناقل • الا أنه يكسب حقوقا ويتحمل التزامات من هذا العقد ومن بين تلك الحقوق الرجوع على الناقل بالتعويض في أحوال الهلاك والتلف والتأخير والمرسل انبه اذ يرأسع

= للمضور في حادث وقع من تلك السيارة ، مناطه ان يكون ذلك المالك قد وافق على قيادة مرتكب الحادث لسيارته دون ان يكون حاصلا على رخصة قيادة : نقض مدنى في ٢٠ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٨٩ ص ١٥٠٠ •

(١) نقض مدنى في ١٥ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٨٨ ص ٤٦٣ •

(٢) وقد ألغى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بالقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ الذى ألغى بدوره بموجب القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ في شأن التأمينات الاجتماعية وقد ألغى هذا القانون الاخير بمقتضى القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالتأمينات الاجتماعية ، والذى جعل هذا التأمين اجباريا • فاذا حدثت الاصابة اثناء العمل او بسببه كان للعامل الرجوع مباشرة على هيئة التأمينات الاجتماعية لمطالبتها بالتعويض المستحق له ، بل ان اهمال رب العمل في القيام بواجب التأمين على عماله لا يترتب عليه عدم مسئولية هيئة التأمينات الاجتماعية قبل هؤلاء العمال •

على الناقل دعوى المسؤولية في هذه الاحوال استعمالا لحق مباشر
أقره المشرع عليه في المادة ٩٤ من قانون التجارة (١) .
على أنه في عقد النقل البحري ، يتم تفريغ البضاعة بمعرفة
مقاول يعمل لحساب الناقل وتحت مسؤوليته ويكون مركزه مركز
التابع للسفينة ، ولا يكون للمرسل اليه الا الرجوع على الناقل
لتعويض الاضرار الناجمة عن عمل مقاول التفريغ اذ لا تربطه بهذا
الاخير أية علاقة قانونية مباشرة تجبر له الرجوع عليه شخصيا ما لم
يتضمن سند الشحن نصا يفوض الربان اختبار مقاول التفريغ
والتعاقد معه نيابة عن ذوى الشأن ، اذ يكون للمرسل اليه في هذه
الحالة دعوى مباشرة قبل مقاول التفريغ لمسألتة عن الاضرار
الناجمة عن عمله (٢) .

٥٦٠ - حالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشرة : وهناك حالات
يقال فيها عادة ان للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى
ليست بالدعوى المباشرة التى نعينها هنا ، بل هى دعوى تقوم على
أساس من القواعد العامة فلا تحتاج الى نص خاص .
من ذلك انتقال دعوى السلف الى الخلف الخاص كما في رجوع
مشتري الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه ، وكما
في رجوع مشتري البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذى تعاقد
مع بائع البناء . وفى مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى
دعوى مباشرة لم يرد في شأنها نص خاص ، بل أن دعوى السلف
- بائع الأرض أو بائع البناء - قد انتقلت الى الخلف - مشتري
الأرض أو مشتري البناء - فرجع بها على مدين السلف ، وآية ذلك
أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها الى الخلف ، لم تعد في متنساول

(١) نقض مدنى في ٢٩ يونيه سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض
السنة ١٨ رقم ٢١٢ ص ١٤٠٣ .
(٢) نقض مدنى في ١٦ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض
السنة ٢٧ رقم ٩١ ص ٤٤٤ .

السلف (١) • وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهي تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين •

كذلك اذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصيل مباشرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذى قام مع الأصيل مباشرة ، بعد أن اختفى شخص النائب وفقا لقواعد النيابة المعروفة •

ويرجع المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط (٢) •

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الايجار كل منهما على الآخر رجوعا مباشرا ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الايجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الايجار مدينا مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هي دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه (٣) •

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تأييدا لهذا المعنى ، بأن المشتري من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الاصل بالتوقيع له هو ، على عقد بيع صالح للتسجيل اذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله — حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله — هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) • فالدعوى التى للمشتري من المشتري قبل البائع هي نفس الدعوى التى كانت للمشتري قبل البائع ، وقد انتقلت من المشتري الى خلفه الخاص الى المشتري من المشتري •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد وان المنتفع انما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد اثره : نقض مدنى فى ٢٩ من أبريل سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١١١ ص ٦٩٣ •

(٣) أنظر فى بعض هذه الحالات المشتبه فيها الاستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد نقرة ٢٦١ •

المبحث الثانى

الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة

٥٦١ - الدعوى المباشرة لا تزال فى طريق التطور : ويتبين مما تقدم أننا فى شأن الدعوى المباشرة لا تزال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى • ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق الامتياز ، لا تتقرر الا بنص خاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد اليها • ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم فى دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور • وفى هذا المعنى يقول غلاتيه : « لا تزال من الدعوى المباشرة فى مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا يخلو من عدم التناسق • وفى القانون الرومانى يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات • فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ~~لكنهما قد يتم تكوينه على هذه الوتيرة • وقد كثر فى الوقت الحاضر~~ عدد ~~الدعوى المباشرة التى~~ ~~يستمح بالقول ان هناك اتجاهها بارزا الى~~ جعل العقد ينتج آثاره فى حق غير المتعاقدين • وقد سلم تسليما نهائيا بكل من نظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير • وتبقى الآن الدعوى المباشرة مصدرا تنبع منه نظرية جديدة ، تأتى لتأخذ مكانها الى جانب هاتين النظريتين (١) » •

= وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كانت العلاقة بين المؤجر الاصلى والمستأجر من الباطن — فيما عدا التزام الاخير بان يؤدي للاول مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاصلى من الاجرة من وقت انذار المؤجر له عن المدة التى تلى الانذار على نحو ما فصلته المادة ٥٦٦ من القانون المدنى غير مباشرة ، الا انه يجوز للمستأجر من الباطن ان يرجع مباشرة على المؤجر بدعوى المسؤولية التقصيرية اذا ارتكب المؤجر أو احد تابعيه خطأ الحق ضررا بالمستأجر من الباطن : نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٧٢ ص ٨١٦ •

(١) غلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وانظر أيضا فقرة

١٤٣ ص ١٩١ ص ١٩٢ •

٥٦٢. - الاساس القانونى للدعوى المباشرة : بدأ لابييه (Labbé)

فى مقاله المعروف فى المجلة الانتقادية (١) باقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذى تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقا فى ذمة المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب اذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذى وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائنا بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، اذ المنفعة التى قدمها كانت السبب فى وجود هذا الحق . والمضيرور فى حادث تحمل خسارة كانت هى السبب فى وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضيرور امتياز على هذا الحق الذى ما كان لىوجد لولا الخسارة التى تحملها .

وهذا الرأى على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الإمتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ الا بنص خاص ، فان الدعوى المباشرة تبقى موكولة الى نصوص خاصة ، فلا ترد الى أصل عام .

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (٢) ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعا مباشرا لمصلحة دائنه . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها الى فكرة النيابة (٣) ، فكأن المدين قد ناب عن دائنه فى التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضا افتراض لا يقووم على أساس .

(١) مقال فى الامتيازات الخاصة على الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ . راجع أيضا اسماعيل غانم ، المراجع السابق فقرة ٦٥ .

(٢) الكس وايل (Alex Weill) فقرة ١٤٤ ص ٧٦٢ .

(٣) جيللوار فى الايجار ١ ص ٣٦٩ — جوسران ٢ فقرة ١٢٢٧ — انظر أيضا استعراضا لبعض هذه النظريات فى ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

وهناك من رد الدعوى المباشرة الى فكرة الاثراء بلا سبب (١) ، فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التى قدمها أو بمقدار الخسارة التى تحملها ، وهذا الافتقار كان سببا فى اثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الاثراء . ويلاحظ على هذا الرأى أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل ان هناك سببا لاثرائه هو الدين الذى فى ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذى له فى ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى ، والذى يهمننا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين ، وهذا ما تعجز عن ايجاده نظرية الاثراء بلا سبب .

والمجمع عليه فى الوقت الحاضر ، وفى هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة ، أن هذه الدعوى لا تثبت الا بنص تشريعى خاص (٢) . وهذا يكفى للقول بأنه ليس هناك الى اليوم أصل ترد اليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة الى النص .

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبنى فلاتيه اندعوى المباشرة على اساس اقتصادى ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (destination économique) التى يقوم على تحقيقها ، ينشئ الدعوى المباشرة لمصلحة اجنبى عن هذا العقد (فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ و فقرة ١٤٤ ص ١٩٤) انظر فى استعراض الاسس القانونية للدعوى المباشرة دى باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) تارن دى باج ٢ فقرة ٧٢٣ — ويفكر مثلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص فى رجوع المشتري على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفى رجوع المشتري على المقاول الذى تعاقد مع البائع . وقد قدمنا ان هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التى كانت للسلف وقد انتقلت الى الخلف الخاص (انظر آنفا فقرة ٥٦٠ ، وانظر ايضا فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

وما دمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساسا قانونيا للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية الى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية •

٥٦٣ - التصوير الفني للدعوى المباشرة - الفكرة الرئيسية :

نتخذ التقسيم الذي قال به لابييه (labbé) أساسا للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التي قدمت لهذه الدعوى حتى الآن • فالدعوى المباشرة تقوم اما على منفعة قدمها الدائن ، أو على خسارة تحملها • فالمنفعة التي قدمها المؤجر للمستأجر كانت سببا في الدين الذي للمستأجر في ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التي تحملها العامل المصاب في حادث من حوادث العمل سببا في الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين •

هذه السببية في نظر المشرع ، في حالات خاصة هو الى اليوم الذي يمسك بزمامها وهو الذي يقوم بتعيينها في نصوص تشريعية ، أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلي وهو في المثليين المتقدمين المستأجر الأصلي أو رب العمل ، وصاحب مضاف اليه هو نفس الدائن الذي تسبب في ايجاد هذا الدين بالمنفعة التي قدمها أو بالخسارة التي تحملها وهو المؤجر أو العامل •

فيكون اذن للدين الذي في ذمة مدين المدين - وهو الدين محل الدعوى المباشرة - دائتان : المدين والدائن • ويكون للدائن تبعا لذلك مدينان : المدين ومدين المدين • ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذي في ذمة مدين المدين - أي الدين محل الدعوى المباشرة - هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي • فهذا الدين له دائتان : المستأجر الأصلي والمؤجر • وللمؤجر مدينان المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن • وتعدد الدائنين أو المدينين في الدين الواحد أمر مألوف في القانون ، وهو وصف من أوصاف الالتزام • ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتي :

(أولا) مادام المدين (المستأجر من الباطن مثلا) له دائئان (المستأجر الأصلي والمؤجر) ، فإنه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائئين مع ذلك غير متضامنين •

(ثانيا) ومادام الدائئ (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن) ، فإنه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامنين (١) •

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية — تعدد الدائئين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائئ واحد وذلك في غير تضامن — نبحت في الدعوى المباشرة : ١ — العلاقة ما بين الدائئ ومدين المدين • ٢ — العلاقة ما بين الدائئ والمدين • ٣ — العلاقة ما بين المدين ومدين المدين •

٥٦٤ — العلاقة ما بين الدائئ ومدين المدين : الدائئ هو صاحب

الدين الذى في ذمة مدين المدين ، وهو دائئ مضاف الى الدائئ الأصلي كما قدمنا • وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — يرفع الدائئ ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين • وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا • ولا حاجة ، في رجوع الدائئ على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، الى أن يكون المدين معبرا ، أو أن يكون الدائئ قد رجع عليه أولا ، أو أن يطلب الدائئ الحلول محله •

٢ — يستأثر الدائئ وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن • وتتميز هذه الدعوى عن الحلول العينية في أن الدائئ في الحلول العينية يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة ، وتتميز عن حوالة الحق في أن الدائئ في حوالة الحق يحل محل سلفه في نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ، وتتميز عن الاشتراط لمصلحة الغير في أنه لا يوجد في الاشتراط لمصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هي التى للمنتفع في ذمة المتعهد (دى باج ٢ فقرة ٧١٩ — فقرة ٧٢١) •

دائنى المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين لا بصفته دائئا لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز • ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدن بصفته دائئا له مباشرة ، فإنه يتحمل مزاحمة دائنى مدين المدين •

٣ - لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن - وهى الدعوى المباشرة - بجميع الدفعوع الخاصة بالدائن ، وذلك الى جانب الدفعوع الخاصة بالمدين • أما فى الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين انما يحتج بالدفعوع الخاصة بالمدين دون الدفعوع الخاصة بالدائن • فيجوز لمدين المدين فى الدعوى المباشرة أن يحتج بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالابراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمدين باطل أو قابل للإبطال • ويجوز لمدين المدين كذلك ، فى الدعوى المباشرة ، أن يحتج بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل انذار الدائن اياه بأن يوفى له الدين ، وبأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان •

٤ - يستطيع الدائن ان يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشرة كما قدمنا • ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديننا على الوجه المتقدم الذكر •

٥ - يجوز لمدين المدين أن يفى بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لدمته قبل المدين • كما يجوز له ، قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفى بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئا لدمته قبل الدائن • ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفى الدين من مدين المدين الا اذا كان الدين الذى له فى ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفى أن يكون خاليا من النزاع كما فى الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضرورى أن يكون فى سند قابل للتنفيذ • ولا يجوز ، فى كل حال ، أن يستوفى الدائن من

مدين المدين مقداراً أكبر مما له في ذمة المدين ، فهو انما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذي له في ذمة المدين وقيمة الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين •

٥٦٥ - العلاقة ما بين الدائن والمدين : يبقى المدين مديناً لدائنه ، فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين • وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١- يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المدين ، فثبناً ذمة مدين المدين قبله •

٢- وكذلك يستطيع المدين أن يوفي الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين •

٣- إذا وفى مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين •

٤- ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن في المسؤولية بين هذين المدينين • وإذا كان كل منهما مسؤولاً مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانوني للتضامن فيما بينهما • فليست مسؤوليتهما أذن مسئولة بالتضامن (solidarité) ، بل هي مسئولة مجتمعة (in solidum) (١) •

٥٦٦ - العلاقة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن • وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١- يستطيع المدين أن يستوفي الدين من مدين المدين ، وذلك الى وقت انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فثبناً ذمة مدين المدين نحو الدائن •

(١) انظر في هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ •

٢- يستطيع مدين الدين الى وقت انذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفى المدين الدين ، فتبرأ ذمته نحو الدائن . وتسرى في هذه الحالة المخالصة في حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ (١) .

٣- اذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والابراء والتقادم ، سرى ذلك في حق الدائن .

٤- اذا حول المدين الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة في حق الدائن .

٥- اذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل انذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز في حق الدائن .

٦- بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده (٢) . على أنه حتى في هذه الحالة يبقى المدين دائئاً لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه في هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير . ويذكر على أن المدين يبقى دائئاً لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ، وخصم ما وفى به من الدين الذى فى ذمة المدين للدائن (٣) .

٧- ولو أن لمدين المدين دائئين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانونى للتضامن (٤) .

(١) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٢) حتى لو كان دين مدين المدين مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط . فيجب على مدين المدين في هذه الحالة أن يوفى الدين لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الاجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨) .

(٣) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ - فقرة ١٠١٣ . ويذهب الى أن مدين المدين ، من وقت انذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مديناً للدائن وحده ، وتنتهى مديونيته للمدين .

(٤) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصل الثانى

الدعوى البوليصة (*)

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne — Action révocatoire)

٥٦٧ — الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البوليصة — عدم الدقة فى تسميتها دعوى أبطال التصرفات : قدمنا أن الدائن ينفذ فى حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فإذا زادت هذه التصرفات فى أموال المدين قوى الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن فى الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، وما دام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن اذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الاضرار بالدائن بانقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره ، وهو يطعن فيه بالدعوى البوليصة . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (Préteur) الرومانى الذى كان أول من أدخلها فى القانون الرومانى ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى

* مراجع : جيلوار (Guillouard) بحث فى الدعوى البوليصة — اشير (Acher) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جروبيه (Grouber) فى الدعوى البوليصة فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — فينيرون (Vigneron) فى الغش فى نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — باستيان (Bastian) بحث فى اقامة نظرية عامة فى عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ وما بعدها — انظر أيضا مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقى فى مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ — ص ٣٣٦ و ص ٤٢٣ — ص ٤٣٠ — وراجع الأستاذ اسماعيل غانم . المرجع السابق فقرة ٦٦ وما بعدها ، الأستاذ عبد المنعم البدر اوى . المرجع السابق فقرة ١١٥ وما بعدها .

(م ٨٢ — الوسيط ج ٢)

أصبحت الآن محل شك كبير (١) .

وكانت هذه الدعوى تسمى « بدعوى ابطال التصرفات » ، وقد استعمل التقنين المدني السابق (م ١٤٣ / ٢٠٤) لفظ « ابطال » في صدها ، وان كان قد عدل في مكان آخر (م ٥٥٦ / ٦٨٠) الى لفظ « الطعن » وهو أدق من لفظ الابطال . والواقع من الامر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يعطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه (أنظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدني الجديد) . فإذا أجيب الى طلبه ، لم يسر التصرف في حقه ، ولكنه يبقى قائما بين المدين ومن صدر

= وفي الفقه الفرنسي راجع مازو دروس في القانون المدني . الجزء الثاني
فقرة ٩٨٠ وما بعدها ، كاريوتين ، القانون المدني الجزء الثاني فقرة ٢٢٤
وما بعدها .

(١) وينبغي أن التريطون « بولص » . هذا ليس الا شخصا خياليا
اخترعه بعض المحققين (glossateurs) . ولم تكن الدعوى البوليصة في عهد
القانون الروماني المدرسي دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعددة
اعطيت لحماية الدائنين في حالات مختلفة ، ولم تتوحد في دعوى واحدة
الا في عهد جوستنيان . وكان لهذه الدعاوى في اجراءات القانون الروماني
الطابع الجماعي (caractère collectif) ، اذ كانت لا تعطى الا ضد
المدين المفلس لجماعة الدائنين في شخص ممثل لهم هو الذي كان يوكل
اليه تصفية اموال المدين (curator bonorum vendendorum) . فكانت فائدتها
تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد
انقلبت الدعوى البوليصة في القانون الحديث من دعوى جماعية
(action collective) الى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ
أشهر Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ —
جيرار Girard ص ٤٣٥ — ص ٤٣٧ — أكارياس Accarias
٢ فقرة ٨٥٢ — بلانيول وريبير وبولاتجيه ٢ فقرة ١٤١٣) .

وقد ثبتت الدعوى البوليصة على هذا النحو في تربة عملية ، ثم
اقرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها ميزان : (١) فهي أولا أحكام تقليدية ،
ولذلك تصطدم في بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ردها التقنين المدني
المصري الجديد الى المنطق في كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهي ثانيا
أحكام عملية ، فللاعتبار معنى عملي في هذه الاحكام ، ولا يعتد بالثمن الذي
يعطيه المشتري للمدين ما دام يتعذر عمليا على الدائن أن ينفذ عليه (نظرية
العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

له التصرف • لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البوليصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون « دعوى عدم نفاذ تصرف المدين » (أنظر المادة ٢٤٣ من التقنين المحدثي الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهي « الدعوى البوليصية » •

ونرى مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدعوى البوليصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهي والدعوى غير المباشرة يواجهان معا مدينا معسرا • الا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفا سلبيا للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمدا أو اهمالا ، أما الدعوى البوليصية فتعالج من المدين المعسر موقفا ايجابيا هو اقدمه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد اهمال بقصد الاضرار بدائنه • ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الايجابي أشد نشاطا من الحماية التي نظمها ضد العمل السلبي • فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف الى المدين لا الى الدائن ، أما الدعوى البوليصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف اليه لا الى المدين •

ويتبين من ذلك أن الدعوى البوليصية تختلف اختلافا واضحا عن الدعوى غير المباشرة • ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واجدة بعد الأخرى ، فيطعن في تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، فإذا لم ينجح في هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف (١) • ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في اجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفتان كما قدمنا ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٧ - ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ •

البوليصة في بيع صندوق من مدينته وفي الوقت ذاته يستعمل حق هذا المدين في المطالبة بالتأمين (١) .

والدعوى البوليصة وان كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة، الا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى شرعية ، أو اثارها مسألة أولية (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، الا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين أحدهما بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البوليصة استقلاً ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو اثارها كمسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندهما وجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينته على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة ليعتبرها حقاً وقليلاً وبالتواضع بين المدين وبين ناظر الوقف ، فإنه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البوليصة في آن ، وإنما هو أثار الدعوى البوليصة كمسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب . ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البوليصة ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقبولة أنه لم يرفع الدعوى البوليصة ، فأنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تكيف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٢) انظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع للدعوى البوليصة استقلاً ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة لو اثارها كمسألة أولية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البوليصة يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حقه بدائنه ، كان من الجائز اثارها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف اليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلاً ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف اليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً الى عقده المسجل بالدعوى البوليصة ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة أعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — انظر أيضاً : نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ — استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٩ =

٥٦٨ — ما استحدثه التقنين المدني الجديد في الدعوى البوليصية :

وقد استحدث التقنين المدني الجديد بعض التعديلات الهامة في الدعوى البوليصية . وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمانها . ثم أن التقنين الجديد وسع في نطاق التصرفات التي يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التي تنقص حقوق المدين ، بل أيضا تلك التي تزيد في التزاماته ، وكذلك الوفاء انحصار من المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق . وعمد التقنين الجديد الى الاخذ بأسباب التيسير في مسائل الاثبات ، فأقام قرائن قانونية على اعسار المدين وعلى غشه وعلى تواطؤ الخلف الاول والخلف الثاني في هذا الغش . وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلا لتوقي أثر الدعوى ، اذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادما خاصا للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذي يظل فيه مصير التصرف معلقا .

على أن التقنين الجديد لم يكف بتنظيم الدعوى البوليصية على هذا النحو ، بل عمد الى تنظيم أعم وأشمل لحالة اعسار المدين في جملتها كما سنرى (١) .

ونبحث الدعوى البوليصية فنتكلم (أولا) في شروط هذه الدعوى (ثانيا) وفي الآثار التي تترتب عليها .

= (ص ١٦٤) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية (حكم استثنائي) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البوليصية بصفة دعوى فرعية ، فإذا رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزاع الملكية ، جاز للدائن الذى طلب نزاع الملكية ان يطعن في دعوى فرعية في العقد الذى بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين اضرارا به (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ مجموعة رسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الدعوى الثانية : وهى الدعوى البوليصية ، فقد عدل المشروع احكامها تعديلا جوهريا من وجوه عدة . فقد جعل منها اجراء جماعيا =

الفرع الاول

شروط الدعوى البوليصية

٥٦٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وقرتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية » .

= مشتركة بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراءً فردياً يتخذها أي دائن مستقلاً عن الدائنين الآخرين ، ولكن فائدة الدعوى هي التي أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت إجراءً فردياً في أحكام التقنين الحالي (السابق) ، فلا يقتصر نفعها في وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذي يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمراً قاصراً على التصرف المنقصر بمعناه الضيق الجامد كما استقر في التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو انقاص حقوقه من ضروب التصرفات وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البوليصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر وإيثاره أحد دائنيه بالافضلية بغير حق ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التبسيط والتبسيط في كل ما يتعلق بالاثبات ، ففسر أمر إقامة الدليل على اعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الاول والخلف الثاني في هذا الغش ثم أنه هياً مخرجاً للخلف ، فعصمه من آثار الدعوى إذا قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بإبداء الثمن وإنشأ تقادماً مدته سنة (أصبح ثلاث سنوات بتعديل من لجنة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول أمد الفترة التي يظل مصير التصرف فيها رهيناً بمباشرة الدعوى ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البوليصية من تعديل فهي لا تعدو أن تكون تنظيمياً جزئياً لاعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهي بوضعها هذا لا تغني عن تنظيم أعم وأشمل يتناول حالة الاعسار في جملتها (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥) .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

« ١ — اذا كان تصرف المدين يعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش • ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » •

« ٢ — أما اذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا » •

« ٣ — واذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم افسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » •

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتي :

« اذا ادعى الدائن افسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » •

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتي :

« ١ — اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة » •

« — واذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين • وكذلك

لا يسرى في حقهم لوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين واندائن الذي استوفى حقه » .
وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتى :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف » . وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه المطعون فيه (١) » .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . واقرته لجنة المراجعة ، واصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧٦ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ — ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « او كان ينبغي ان يعلم ذلك » وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الاولى ، وفيما عدا عبارة « فلا يصح الدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض » وهى الواردة في الفقرة الثالثة ، فانها وردت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الاول ان كان المدين قد تصرف بعوض » . وقد اقرت لجنة المراجعة النص بعد ان حذفت عبارة « وكان ينبغي ان يعلم ذلك » من آخر الفقرة الاولى ، واصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض » بالعبارة المقابلة التى وردت في المشروع التمهيدى ، وذلك حتى « لا يكون عقد الخلف الثانى معرضا للطعن الا اذا كان عالما بعيب التصرف الاول من جهة المدين والخلف الاول » . واصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ — ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، واثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، كان على المدين ان يثبت ان له مالا يساوى قيمة الديون او يزيد عليها » . وفى لجنة المراجعة حول النص تحويرا جعله مطابقا لما استقر عليه =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المواد ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ و ٥٣/٧٦ والمادة ٧٤ من التقنين المدنى المختلط (١) .

= فى التقنين الجديد ، ليكون اءل على المعنى المقصود ، واصبح رقم المادة ٢٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠) . م ٢٤٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض فى هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة ان التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحا ، فأجيب بأن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد فى النص . ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ — ص ٦٣٠) .

م ٢٤٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا احدى مبادئ التقادم التى حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة واحدة فى المشروع التمهيدى . ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقم المادة ٢٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض أن تكون احدى مدتى تقادم الدعوى البوليصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدا من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح فى شقة الاول وزادت مدة التقادم الى ثلاث سنوات توخيا للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثانى منه لأن الدائن قد يعلم بصذور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٣٠ و ص ٦٣٤ — ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدنى السابق : م ٢٠٤/١٤٣ : « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب ابطال الأعمال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم » .

م ٥٥٦/٦٨٠ : « لايجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم » .

م ٥٣/٧٦ : « لايجوز لأحد ان يوقف ملكه اضرارا بمداينيه ، وان وقف كان الوقف لاغيا » .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ ، وفي التقنين المدني الكويتي المواد — ٣١٠ — ٣١٧ ، وفي التقنين المدني الاردني المواد ٣٧٠ — ٣٧٣ (١) .

= م ٧٤ مختلط (لا مقابل لها في التقنين الاهلي) : « لايجوز لاحد ان يهب شيئاً اضرار بمداينيه الموجودين وقت الهبة » .
وقد قدمنا ما استحدث التقنين المدني الجديد من تعديلات هامة في الدعوى البوليصية . وانظر في العيوب العديدة التي تشوب نصوص التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

(١) التقنيات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) . وانظر في شرح نصوص التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في احكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ٨١ — ص ٩٦ .
التقنين المدني الليبي م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الاداء أن يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب في احداث عجزه عن الايفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المديون الا مهماً لا لكسب فلا تقالها دعوى الفسخ . وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البوليصية » يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدتهم المديون خدعة . غير أنه لا تصح اقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض الا اذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون . ولايستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص أو الاشخاص الذين اقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على انتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات .

(وتنظيم الدعوى البوليصية في القانون اللبناني اقرب الى التنظيم الذي اخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف عن القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تفيد الا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين ، وان مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم =

٥٧٠ — الفكرة الأساسية في شروط الدعوى البوليصية : يمكن أن

ترد شروط الدعوى البوليصية جميعا الى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين بغشه يقصد الاضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشا في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه (١) .

ويتبين من النصوص التي قدمناها أن شروط الدعوى البوليصية كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع الى الدائن ، وبعضها يرجع الى التصرف الذي يطعن فيه الدائن ، وبعضها يرجع الى المدين . ثم ان التقنين المدني الجديد قد استحدث للدعوى البوليصية ، كما رأينا ، تقادما خاصا تستكمل به شروط رفعها .

= يبين تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما اذا كان يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين ، ومتى يجوز الطعن بهذه الدعوى فيما يقوم به المدين من اعمال الوفاء بالمدين — انظر في الدعوى البوليصية في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ — ص ٦٧) .

التقنين المدني الكويتي م ٣١٧/٣١٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة) .
التقنين المدني الاردني م ٣٧٠ : اذا احاط الدين حالا او مؤجلا بمال المدين بان زاد عليه او ساواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه . م ٣٧١ : اذا طالب الدائنون المدين الذي احاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معارضه ولو بغير محاباه وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ، ولهم ان يطلبوا بيع ما له والمحاصة في ثمنه وفقا لاحكام القانون . م ٣٧٢ : اذا ادعى الدائن احاطة الدين بمال المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت ان له ما لا يزيد على قيمة الديون . م ٣٧٣ : متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به ، ويبين من هذه النصوص أن المشرع الاردني فطن فيها السائد في الفقه المالكي من أن المدين الذي احاط الدين بماله تتقيد تصرفاته حتى قبل الحجر فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه القاضي .

(١) وقد لخصت محكمة النقض شروط الدعوى البوليصية على الوجه الآتي : اذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع =

المبحث الأول

الشروط التي ترجع الى الدائن

٥٧١ — يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية يجب أن يكون حقه مستحق الأداء (١) وفي هذا تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قدمنا أنه يكفي في الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البوليصية أكبر خطرا من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلا خطيرا اذ يطعن في تصرف صدر منه ، وقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له ، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعترم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء . أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين ،

= هو والمتصرف له وتواطئهما على الاضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصناه من ذلك وبين المعانى القانونية لاركان الدعوى البوليصية ، وهى كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب ابطاله وكون هذا التصرف اعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيىء النية متواطئين على الاضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك بابطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديدا مستوفي الأسباب (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ — انظر أيضا استئناف مصر ٢١ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت في الحكم عبارة « دين محقق الوجود » ويراد بها « دين مستحق الأداء ») — نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) — ومن كان حقه سوريا لا يجوز له الطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

فالدعوى أقرب الى الأعمال التحفظية من الدعوى البوليصة ، فلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خاليا من انزعاع • وقد صرح التقنين المدني الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البوليصة ، « لكل دائن ولو لم يكن لحقه مستحق الأداء » (م ٢٣٥) (١) •

وبديهي أنه ما دام يشترط في الدائن ، لرفع الدعوى البوليصة ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضا أن يكون خاليا من النزاع على النحو الذي بسطناه في الدعوى غير المباشرة ، فإن استحقاق الأداء مرتبة في الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النزاع ، ومقتضى اشتراط المرتبة الأعلى فإن المرتبة الأدنى تكون ضامنة مشترطة (٢) •

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن اذا كان حقه متنازعا فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البوليصة (٣) • كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع للتبدي في مجموعة الأعمال التجضيرية ٢ ص ٦٣٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الدائن في طلب ابطال تصرفات موثقة الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود ، وأذن فمضى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليه الثاني بابطال كتاب الوقف قد اقام قضاءه على انه وقد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكر الى نصيبه المطالب بريعه في الاطيان المتروكة عن مورثه والتي وقفتها زوجة هذا الاخير اضارا بدائنها فيكون دينه بمتجد هذا الربيع قد أصبح ثابتا في ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه • ومن ثم يكون محقق الوجود قبل انشاء الوقف المطلوب الحكم باطلاله ، فإن هذا الذي قرره الحكم لاخطأ فيه (تنقض مدني في ١٩ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض السنة ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) •

(٣) استئناف اهلى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل في الرجوع على المدين المكول خاليا من النزاع منذ يعلن الدائن •

البوليصة الدائن الذى يكون حقه معلقا على شرط واقف (١) أو مقترنا بأجل واقف (٢) ، لان الحق حتى اذا كان خاليا من النزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع فى حالتى الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق فى استعمال هذه الدعوى لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما اذا كان الحق معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال

= الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز للكفيل فى هذا الوقت أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصة (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — واذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائى يحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فان الدعوى البوليصة توقف حتى يبت فى الاستئناف الذى يتوقف عليه مصر الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(١) لور ان ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك — ٧ فقرة ٢١٩ — بوترى وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانسيول وريبيير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصة فقرة ٤٩ .

(٢) وسنرى انه يشترط فى المدين أن يكون معسرا ، ولا تفارض بين اعسار المدين وبقاء أجل الدين فى الدعوى البوليصة لسببين : ١ — الأجل لا يسقط بمجرد الاعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر به حكم كما سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسرا ، دون أن يسقط الأجل ، اذ لم يصدر حكم بالاعسار . ٢ — وللاعسار فى الدعوى البوليصة ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة ، اذ يعتبر اعسارا فى هذه الدعوى ألا يكون للمدين مال ظاهر يفى بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفى بجميع الديون ، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر اعسارا أن يتصرف المدين فى عين من أعيان تركته مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفى بديون التركة — ففى جميع هذه الأحوال لا يسقط وفقا للتقنين المدنى الحالى مجرد اعسار المدين اعسارا فعليا ، بل يجوز عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

ويلاحظ أن حرمان الدائن من اللجوء الى الدعوى البوليصة ما اذا كان حقه مضافا الى أجل واقف ، لا يتناقض مع شرط الاعسار اذ أن الأجل لا يسقط وفقا للتقنين المدنى الحالى لجرد اعسار المدين اعسارا فعليا ، بل يجب أن يصدر حكم يشهر اعساره فإذا كان حق الدائن مضافا الى أجل واقف وجب عليه أولا أن يستصدر حكما بشهر اعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل . فإذا صدر الحكم بشهر الاعسار سقط الأجل ، جاز للدائن أن يطعن بعد ذلك بالدعوى البوليصة فى تصرفات مدينه السابقة على شهر الاعسار ، راجع الأستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٧٥ .

الدعوى البوليصة ، لان الشرط الفاسخ والاجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الاداء (١) .

٥٧٢ — أى دائن حقه مستحق الاداء يستطيع استعمال الدعوى البوليصة : وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الاداء يستطيع استعمال الدعوى البوليصة ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتين ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه في الدعوى غير المباشرة (٣) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٥٥ .
(٢) اذ لايجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً في اضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ مقرة ٢٢٨ — لوران ١٦ مقرة ٤٥٧ — هيك ٧ مقرة ٢١٩ — أوبرى ورو ٤ مقرة ٣١٣ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ مقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٥٤ — دى هلتس ١ في الدعوى البوليصة مقرة ٤٧ — فتحى زغلول ص ٣٦٩) .
فاذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العيني يعين دائماً شخصياً بالنسبة الى هذا الشيء . ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذى ترتب عليه التأمين العيني يكون غير واثق بالتأمين حتى يتحقق الضرر من التصرف . المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — بودرى وبارد ١ مقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما اذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه التأمين العيني ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً الى تتبع الشيء في يد الغير فيعرضه ذلك الى خطر التطهير (انظر في مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودرى وبارد ١ مقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ — انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العيني الطعن في التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر في اجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر ، وحتى بعد أن يبدأ في التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ مقرة ٢٢٨ — هيك ٧ مقرة ٢١٩ — لوران ١٦ مقرة ٤٥٧ — أوبرى ورو ٤ مقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ مقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين اذا تصرف في الشيء المرهون ، فشرط الاعسار يأخذ معنى جديداً ، ويكفى لتوافر هذا الشرط ان يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمسؤول مقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البوليصية ويطعن في تصرف مصدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد « تهريب » ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له (١) .

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتا في سند قابل للتنفيذ ، فان الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البوليصية ، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء ، فحكمه بإجابة الدائن الى الطعن بالدعوى البوليصية حكم بحق الدائن ، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ .

ولا فرق كذلك ، في رفع الدعوى البوليصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتياز عن عمل ، فبالكل تسواء في استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة .

ولا فرق أخيرا بين ما اذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه (٢) .

ولكن يشترط ، خلافا للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الطعون فيه ، وسيأتى بيان ذلك فيما يلي .

(١) وكذلك يجوز للدائن في حساب لم تنته تصفيته أن يطعن في تصرف صدر من مدينه بالدعوى البوليصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذي يطعن في تصرف المدين دائنا لشركة تضامن ويكون التصرف الذي يطعن فيه صادرا من شريك غير مدين له شخصا (استئناف مختلط ٧ يوفيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز للحارس القضائي المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن في الدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٦ يوفيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ — شروط ثلاثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : ١ — تصرفاً قانونياً ٢٠ — مفقراً ٣٠ — تالياً في الوجود لحق الدائن •

المطلب الأول

تصرف قانوني

٥٧٤ — لا طعن في الأعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique) فإذا كان عملاً مادياً ، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمداً أو إهمالاً في الأضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالقترن بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن . كذلك لو ترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي — وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير — ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة (١) •

(١) ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى القول بأن للدائن أن يلجأ في هذه الحالة إلى الدعوى البوليصية ، فترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتى يملكها هذا الغير بالتقادم يعتبر بمثابة التشرك الإرادي (Labandon volontaire) لهذا الحق مما يجوز معه للدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية . راجع مازو المرجع السابق فقرة ٩٨٢ . (م ٨٣ — الوسيط ج ٢)

أما إذا كان العمل المادى أثراء على حساب الغير ، فإن المدين لا يلتزم الا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائئه ، فلو كان يكون هذا الالتزام سببا في اعسار المدين أو في زيادة اعساره ، وبذلك لا يكون الاثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادى ، بل أيضا لأنه لا يؤدي الى اعسار المدين (١) .

٥٧٥ — انما يكون الطعن في تصرف قانونى (٢) : وأى تصرف

قانونى يصدر من المدين يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية اذا توافرت الشروط الاخرى لهذه الدعوى ، سواء كان التصرف صادرا من جانب واحد أو كان صادرا من الجانبين ، وسواء كان تبرعا أو معاوضة (٣).

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عينى (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وبراءة مدينا له اذ

(١) كذلك اذا وفى المدين بدين غير مستحق عليه ، فإن الوفاء مع انه تصرف قانونى يكون عادة مصحوبا بغلط ، أى ان المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية لتخلف شرط النقص . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، بحق المدين في استرداد غير المستحق .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم التقاد المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدنى يرد على التصرفات وليس على الاحكام الصادرة ضد المدين : نقض مدنى في ١٣ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٦٤ ص ٩٦٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن استيفاء الحوالة لشروط نفاذها في حق المدين أو حق الغير بقبولها من المدين أو اعلانه بها طبقا للمادة ٣٠٥ من القانون المدنى لا يمنع من الطعن عليها بالدعوى البوليصية المنصوص عليها في المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى متى توافرت شروطها : نقض مدنى في ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ .

الابراء تصرف قانونى صادر من جانب واحد فى التقنين المدنى الجديد،
ووقفه عينا مملوكة له وقفا خيرا (بعد الغاء الوقف الأهلى) (١) ،
والأجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للإبطال اذا كانت صحته
تضر بالدائنين (٢) .

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعا أو
معاوضة ، الهبة والبيع (٣) والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة
والصلح (٤) والاشتراط لمصلحة الغير (٥) . وسرى أنه يجوز أيضا
للطعن فى إعطاء تأمين للدائن لتقويمه على غيره من الدائنين ، وفى الوفاء
لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

٥٧٦ — صورتان للدعوى البوليصة — التدخل فى القسمة والتماس
إعادة النظر : وهناك صورتان خاصتان للدعوى البوليصة ، هما التدخل
فى القسمة والتماس إعادة النظر .

أما بالنسبة إلى التدخل فى القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من
التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ — لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى

(١) وقد نص التقنين المدنى السابق (م ٥٣/٧٦) صراحة على الوقف
(استئناف أهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .
(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع فى مرض الموت يأخذان حكم الوصية ،
فلا يحتاج الدائن إلى الطعن فيهما ولا فى الوصية ، فإنه يستوفى حقه من
التركة قبل استيفاء الوصى له للوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص
٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ — ويجوز
الطعن فى الصلح بالدعوى البوليصة حتى بعد تصديق المحكمة عليه
(استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ،
فللدائن إذا نجح فى الدعوى البوليصة أن ينفذ على أقسامه التأمين التى
خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذى هو حق مباشر المشترك
لهم .

أن يتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها التزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى للقسمة ٢٠ — أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا في حالة الغش . وهنا نرى الدعوى البوليصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه ، فهو يتدخل في اجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الاضرار بحقه . على أنه اذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في اجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعمد الاضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلا لنفسه نصيبا أقل مما يستحقه اضرارا بضمان الدائن ، فإنه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية . في صورتها العادية المألوفة لإصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه (١) .

وأما عن التماس إعادة النظر فقد نصت الفقرة الثامنة من المادة ٢٤١ من تقنين المرافعات الجديد على أنه لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى بصفة أنتهائية حجة عليه ولم يكن قد ادخل أو تدخل فيها ان يلتبس إعادة النظر في هذا الحكم بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني

(١) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الاهلية بأنه وان كانت المادة ٤٦٠ مدني (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء الدخول في دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فان القسمة التي تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز الغاؤها بناء على طلبهم اذا ثبت أنها اضررت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨) . انظر ايضا في هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ — ٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

صدر من مدينه ، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده اضرارا بالدائن ، أو نتيجة لاهمال تجسيم من المدين في دفاعه عن حقه . وغنى عن البيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسرى في حق الدائن فينقص من ضمانه العام ، لولا ان اجاز تقنين المرافعات الجديد الطعن فيه عن طريق التماس اعادة النظر . وكان تقنين المرافعات السابق (م ٤٥٠ — ٤٥٦) وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ — ٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) تنص على ان لدائن الطعن في مثل الحكم المشار اليه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (١) . وهذه الصورة من صور الطعن — سواء عن طريق التماس اعادة النظر حاليا أو عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة سابقا — هي صورة خاصة للدعوى البوليصية تتلاءم مع طبيعة الحكم ، فاذا أثبت الدائن في طعنه الذي يرفعه ضد المحكوم له غش المدين أو تواطؤه أو اهماله الجسيم ، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ، ولم يسر في حقه . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البوليصية في أمرين : ١ — يكفي في هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن اهمالا جسيما من المدين دون أن يثبت غشه . ٢ — لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة الا الدائن الذي رفع الطعن دون سائر الدائنين .

المطلب الثاني

تصرف مفقّر

٥٧٧ — تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته :

(١) استئناف مخطط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ — الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في المرافعات فقرة ١٢٨٧ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٣ — بيمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ — هيك ٧ فقرة ٢٢٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٤٤ .

ويجب أن يكون التصرف القانوني الصادر من المدين تصرفا ينقص من حقوقه (١) أو يزيد في التزاماته، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقّر (acte d'appauvrissement)

على أن هذه العبارة - التصرف المفقّر - كانت محدودة المعنى في عهد التقنين المدني السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البوليصية على أن التصرف الذي يزيد في التزاماته (٢) .

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عينا مملوكة له أو يرى مدينا من حق له في ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عينى في حالة الهبة وبحق شخصى في حالة الإبراء (٣) . كذلك رفض المدين لوصية يعد انقاصا لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، لأن الموصى له يملك الشيء الموصى به بموجب الوصية ، فإذا رفضها يعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شيء مملوك له . ويجوز للدائن ، بعد الطعن في رفض المدين للوصية ، أن يقبلها باسمه ، فإن القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك (٤) . كذلك إذا باع المدين عينا أو حقا شخصا في ذمة مدين له

(١) وغنى عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانونى دون العمل المادى ، فإذا نزع المدين من العقار المرهون رهنا رسميا بعض توابعه التى اعتبرت عقارا بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس، فإن هذا العمل المادى لا يطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ولكنه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا في حلول أجل السدين أو في مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميلى ، كما تقضى بذلك الفقرة الاولى من المادة ١٠٤٨ مدنى (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البوليصية في هذه الحالة) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . انظر في القانون الرومانى جاييس ٢ فقرة ١٩٥ .

(٣) كذلك يجوز الطعن في قبول المدين لحكم صدر ضده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفي إجازة المدين لتصرف كان قابلا للإبطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٤) بودرى وبارد ١٦٥٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ =

بطريق الحوالة ، فقد أنقص من حقوقه حقا عينيا أو حقا شخصيا ، أما الثمن الذي قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمنا بخسا أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه (١) ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقور كان سببا في اعسار المدين أو في زيادة اعساره ، وهو شرط لازم في الدعوى البوليصة كما سنرى •

أما أن يزيد المدين في التزاماته فكان في عهد التقنين المدني السابق ، كما سبق القول ، لا يعتبر تصرفا مفقرا ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة • فاستحدث التقنين المدني الجديد تعديلا هاما في هذه المسألة ، افرغ صراحة في المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البوليصة « اذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد في التزاماته » ، وبذلك عالج عيبا تقليديا في الدعوى البوليصة كان يستوقف النظر • فان المدين الذي يقترض حتى يزيد في التزاماته فيعسر (٢) ، يضر بدائنيه بالقدر الذي يضرهم به لو باع غنا مملوكة

= الاستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٤٤ - قارن دي هلتس ١ في الدعوى البوليصة فقرة ٤٤ - فقرة ٤٥ ديولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ - وانظر عكس ذلك : مسينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ - استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ • انظرو في امكان الطعن في فرض المدين لبيع اصصاية من رهان أو « يانصيب » ، وهو ربح أصبح ملكا له فرفضه يكون انقاصا لحقوقه ، الى دي هلتس ١ في الدعوى البوليصة فقرة ٤٦ •

(١) ومن الفقهاء في فرنسا من يذهب الى القول بأن التصرف يكون مفقرا ويجوز تبعا لذلك للدائنين الطعن فيه بالدعوى البوليصة اذا اخرج المدين من ذمته ما لا يمكن الجرز عليه بغير مشقة أو عناء ، وادخل في ذمته في مقابل ذلك ما لا يصعب على الدائنين الجرز والتنفيذ عليه • راجع مازو المرجع السابق من ص ٨٥٨ ، وراجع أيضا محكمة باريس في ١١ مارس سنة ١٩٥٦ • سيري ١٩٥٦ - ٢١ •

(٢) وغنى عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض اخفى ما اقترضه ، والا لما كان القرض سببا في اعساره أو في زيادة اعساره متى وجد مبلغ القرض في ماله ، اذ يكون في هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افترق ،

له فانقص من حقوقه وكان هذا الانقاص سببا في اعساره . فهو قد أضعف ضمان الدائنين في الحالتين بعمل ايجابي ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة الى الدائنين . فالمنطق اذن يقضى بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كانقاصه لحقوقه ، تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية . وقد سار فعلا على هذا الرأي بعض الفقهاء في فرنسا (١) . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأبى الا أن تميز بين الشئئين ، ولا تجعل التصرف المفقرا الا ذلك النقص المادي في الحقوق ، وهو النقص المباشر الذي يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهي لا تنقص الحقوق الا بطريق غير مباشر (٢) . ويبنى على ذلك ، اذا نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلا من أن يبيع عينا مملوكة له بثمن بخس اضلارا بدائنيه ، يشتري عينا بثمن باهظ متواطئا مع البائع حتى يصبح هذا دائنا له بالثمن أى بمبلغ جهنيم يكون سببا في اعساره . فيحصل من هذا الطريق الى الاضرار

= فلا يكون للقرض أثر في اعساره . وعلى هذا النحو يعمل بعض الفقهاء في فرنسا كرف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البوليصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون الفرض في هذه الحالة سببا في اغتقاره (بلانيول وريبير وبولاتجيه فقرة ١٤٢٤) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — تارن ايضا بلانيول وريبير وبولاتجيه ٢ فقرة ٣٠٨ .

ثم ان القضاء والفقه في فرنسا وجيزان للدائن ان يطعن في قبول الوارث المدين لتركه معسرة او في قبول الزوجة المدينة للروكية المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينة في هذا القبول انما يقسوم على أن المدين يزيد في التزاماته بأكثر مما يزيد في حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها اعساره هو . فالعمل الذي يطعن فيه الدائن هو اذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسي ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ داللو ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديملومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٢) ديملومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي هلتس ١١ في الدعوى البوليصية فقرة ٢٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال (١) . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الرومانى الى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، عندما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البوليصة فى تصرف المدين الذى يزيد فى التزاماته (٢) . ومن ثم يجوز للمدين الطعن فى عقد القرض الذى يقترض المدين بموجبه مبلغا من المال يزيد فى التزاماته فيسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار ، وفى عقد الشركة الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغا من المال كحصة له فى الشركة ويكون هذا الالتزام سببا فى اعساره ، وفى عقد التأمين الذى يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطا مرتفعة فيسبب هذا الالتزام اعساره (٣) ، وهكذا .

٥٧٨ — تفصيل دائن على آخر دون حق والوفاء لبعض الدائنين

دون بعض : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلا للجدل فى عهد التقنين المدنى السابق ، فخصهما التقنين المدنى بنص حسم به الخلاف . فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على اعطائه ضمانا خاصا ، كرهن مثلا ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة ؟ كان الحكم مختلفا عليه فى عهد التقنين المدنى السابق . فكان هناك رأى يذهب الى أنه لا يجوز الطعن فى هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذى حصل على هذا الضمان يغش المدين ،

(١) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٦٦ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ .

(٣) بيدان ولا جازد ٨ فقرة ٦٤٨ — والعبرة بتاريخ التصرف الذى زاد فى التزامات المدين ، فان كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البوليصة تطبيقا لاحكام التقنين المدنى السابق ، والا جاز الطعن فيه تطبيقا لاحكام التقنين المدنى الجديد .

مادام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع (١) . فأورد
الثقنين المدني الجديد نصا صريحا في هذه المسألة ، اذ قضت الفقرة
الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه « اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل
دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه
الميزة » . ويخلص من هذا النص أن اعطاء المدين لأحد الدائنين ضمانا
خاصا يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم
عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى
البوليصة . ويجب التمييز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن
حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى
للمدين مقابلا له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعا ، ولا يشترط
في جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصة غش الدائن الذى حصل على
الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذى أعطى هذا الضمان (٢) .
أما في الفرض الثانى ، إذا أدّى الدائن مقابلا للضمان الذى حصل عليه ،
كان مثلا في أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديدا أو حط جزءا من
الدين ، فإن التصرف يكون معاوضة . ويشترط إذن في جواز الطعن فيه
بالدعوى البوليصة ، كما سنرى ، اثبات غش كل من المدين والدائن ، أى
اثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر
الدائنين . وفي الفرضين ، اذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان
الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد
الدائن ميزة التقديم التى كان يسعى اليها من غير حق (٣) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ — ١٧ مارس
سنة ١٩٢٠ . جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

(٣) الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧٧ ص ١٨٤ . — وقد
يكون من أعطى الضمان كفيلا عينيا ، فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلا
لهذا الضمان ، بأن مده مثلا في أجل الدين أو منح المدين أجلا جديدا أو حط
جزءا من الدين ، فإن التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة الى الدائن وان كان
يعتبر تبرعا بالنسبة الى الكفيل العيني . والعبرة في الدعوى البوليصة بمن =

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، في عهد التقنين المدني السابق • لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فان علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه ، اذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى الى غرض مشروع (١) • أما اذا كان المدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البوليصة في الوفاء اذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل (٢) • وقد أورد التقنين المدني الجديد نصا صريحا في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام • اذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا ، بأنه « اذا وفى المدين المعتبر أخذ دائنيته قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين • وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » • ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة ، ويعتبر التمسك

= حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن حصل على الضمان ، ويكون التصرف معاوضة • فيشترط اذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العيني فى تصرفه بالدعوى البوليصة ، أن يثبتوا غش الكفيل العيني وغش الدائن الذى حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ، ص ١١٧ ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ وقارن فقرة ٩٥٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — قارب أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩ •

(١) دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصة فقرة ٢٣ — هالتون ١ ص ٣٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ — ونظر ايضا : ديملومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — بودرى وباردا فقرة ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ •

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — انظر ايضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وقارن بودرى وباردا فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذى استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التى كانت باقية من الأجل •

هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن انما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء . ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصة ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات ، فيجب اثبات غش المدين الذي وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه (١) .

(١) أما الوفاء بمقابل (*datation en paiement*) فكان : في عهد التقنين المدني السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة اذا كان المقابل الذي أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للأضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ وانظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٩٩ — أما اذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه الا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل (استئناف اهلى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢/١٩١ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وانظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادرا الى دائن توفية لدينه غير صحيح على طلاقه ، اذ هو ، ان صح في حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه ان يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية دين فحسب (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٦٦ — قارن أول ابريل سنة ١٩٤٣ : مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) .

أما في عهد التقنين المدني الجديد فنرى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فان كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فانه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وان كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل ، فانه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة اذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، فان حصل قبل ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت احكام التقنين السابق ، والا طبقت احكام التقنين الجديد .

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائئيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى انقاص حقوق المدين ، فإنه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائئين قبل غيره فيه انقاص حقوق المدين أو زيادة في التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائئين الآخرين ، إذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينتهم المعسر وفاء لحقوقهم ، مادام أحد الدائئين قد استوفى حقه كاملاً . ومن ثم غنى التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً في هذه المسألة (١) .

٥٧٩ — امتناع المدين من زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من انقاص التزاماته ، كما إذا رفض حبة أو أقر بدتين في ذمته تقادم بسنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدني (٢) . فظاهر أن هذا العمل ، وإن أضر بالدائئ ، ليس بعمل مفقر ،

(١) انظر في تفضيل دائئ على آخر وفي الوفاء لأحد الدائئين المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ، ص ٦٣٢ .

(٢) وتقضى هذه المادة بأنه يجب على من يتنسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه ادى الدين فعلاً ، فهضى السنة وحده لا يقضى الدين ، بل لابد فوق ذلك من يمين المدين . فإذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن باقراره هذا قد زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع من انقاصها . ثم أن دائئيه ، خلافاً لما تقضى به الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، لا يجوز لهم باسمه أن يتمسكو بالتقادم ، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه ، فإن هذا أمر شخصى يتعلق بذمة المدين .

وإذا أبرأ دائئ ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الابراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المدنى الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، لأن الابراء في هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائئ وحده ، فهتجرد صدوره من الدائئ يسقط الدين ، فإذا رد المدين الابراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الابراء قد زاد في التزاماته . أما الابراء في التقنين المدنى السابق فكان لا يتم الا بايجاب من الدائئ وقبول من المدين ، فرفض المدين للابراء كان عندئذ يعد امتناعاً عن انقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٦٤) .

والنزول عن الميراث يعتبر في فرنسا امتناعاً عن زيادة الحقوق ، وبذلك

وليس للدائن أن يشكو منه ، فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلا في ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان (١) .

وكان مقتضى ما قدمناه أن المدين اذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو اسقاط الترام ، فليس للدائن أن يطعن في ذلك ، لأن المدين لا يكتسب الحق ولا يسقط الالتزام الا اذا تمسك بالتقادم ، فاذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن انقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدني (٢) . قضت بأن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم (٣) ، وبهذا الحكم أيضا قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة الى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، حقوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطا كان أو مكسبا ، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقا (م ٣٨٧ و ٩٨٣

= قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة الى الاغنياء (اول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما في الشريعة الاسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر انقاصا لحقوقه .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — دي هلتين ١ في الدعوى البوليسية فقرة ١٣ — والتون ٢ ص ١١٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ — هذا الى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن في عدم قبول المدين للهيئة أو في اقراره بالمدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فإن هذا الطعن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل للهيئة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحدة ، إذ القبول والتمسك في هاتين الحاليتين منجذرين رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتان بشخص المدين (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ — بلانيول وريبير وريوان ٧ فقرة ٩٣٩ — فقرة ٩٤٠ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

(٢) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي .
(٣) ولما كان النزول عن التقادم يعد تمامه . يعتبر تبرعا ، فإن المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدني لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لا يشترط في التبرعات . أما في التقنين المدني السابق (م ٢٠٦ / ٢٧٠) فقد كان النص يشترط غش المدين (انظر في تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وانظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن في النزول عن التقادم) .

مدنى) • ويخلص من ذلك انه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، الا أن الدائن يستطيع استثناء أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النزول عن التقادم ليس تصرفا مفقرا بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، الا أن الدائن يستطيع استثناء أن يطعن فيه بالدعوى البوليصة بموجب النص الصريح (١) •

٥٨٦ — الحق الذى تصرف فيه المدين يجب أن يكون مفيدا للدائن :

وحتى يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصة ، يجب أن يكون الحق الذى تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى حقه به ، والا لم تكن له مصلحة في الطعن (٢) • فإذا كان هذا الحق متقلا بخقوق صيغة للخير تستغرقه ولا تندع منه شيئا للدائن (٣) ، أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتببات والنفقة والملكية

(١) بلانيول وريبيز وردوان ٧ فترة ٢٤١ — كولان وكابيتان وبور ٢ فترة ٤٧ • وصاوتيان وبوردي وبازد ٤ فترة ٥٦ • حتى ١٩٥ وفترة ٦٩٢ وبوردي وتسييه فترة ١١٦ — فترة ١١٧ • حيث يذهبون الى أن التقادم في ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام • وعلى تلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدنى • المفرخسى (بوهى) التى تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى المصرى كما قدمنا) ليست استثناء لا من قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البوليصة ، اذ المدين يكون قد كسب حقا يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البوليصة ، وقد سبقت الإشارة الى أن من رأى هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذى يزيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصة في القانون الفرنسى • وانظر في هذه المسألة في التقنين المدنى السابق نظرية العتد للمؤلف فترة ٧٣٤ ص ٧١٤ هامش رقم ١ •

(٢) وتنبنى مصلحة الدائن في التمسك بالدعوى البوليصة اذا أودع المتصرف اليه — على سبيل المثال المشتري من المدين — ثمن المثل في خزائن المحكمة ولو كان قد اشترى بأقل منه ، بل ولو كان قد تلقى الحق من المدين تبرعا ، ففى هذه الأحوال جميعا ينتفى الضرر ولا تكون للدائن مصلحة في الاستمرار في الدعوى — الاستاذ اسماهيل غالم ، المرجع السابق فترة ٧٥ •

(٣) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ • ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبيز وردوان ٧ فترة ١٢٨ •

الزراعية الصغيرة (١) ، فان الدائن لا تكون له مصلحة في الطعن في تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البوليصة (٢) .

على أن هناك من الأموال مالا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها . فالمستحق في وقف — عندما كان الوقف الأهلى جائزا — حقه في الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه في الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التي لا تريد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعا يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فإذا تصرف المستحق في الوقف في نصيبه في الغلة اضرازا بدائنه جاز للدائن أن يطعن في التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضا للدائن الطعن في هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له في ذلك من مصلحة أي بقدر غلة الأرض (٣) .

كذلك لا يجوز الطعن في تصرف المدين إذا لم يؤد هذا الطعن إلا الى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما اذا نزل الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة ، فلا فائدة من الطعن في هذا النزول ، اذ يفرض أن الدائن قد نجح في طعنه وعاد للواهب حقه في الرجوع في الهبة ، فان الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه (٤) .

(١) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بنى سـويف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بنى سويف الجزئية أول يولييه سنة ١٩٠٣ ، المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — شبين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ ، المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ص ٧٨٧ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٦ .

(٤) دينولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٤٧ — على انه =

المطلب الثالث

تصرف تال في الوجود لحق الدائن

٥٨١ — ارتباط هذا الشرط بشرط غش المدين : ويجب أخيرا أن يكون التصرف الصادر من المدين تاليا في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف (١) . وذلك لأن حق الدائن اذا لم يكن متقدما على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، اذ لم يوجد حقه الا بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءا من ضمانه حتى يقال انه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش في جانب المدين ، وانه أراد بتصرفه الاضرار بدائن لم يكن موجودا وقت التصرف ، الا في فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا أنه سيصبح مدينا في وقت قريب ، فقصده بتصرفه الاضرار بالدائن المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، في وقت يسمى فيه لعقد قرض ، عينا مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن الى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . في مثل هذا المقرض يجوز للدائن — رغما من أن حقه تال لتصرف

= يجوز الطعن في تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه ، كما اذا اعترف بينوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة اضرارا بالدائن (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩٢) .

(١) استئناف أهلى ٢ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ — استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ — ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م = (م ٨٤ — الوسيط ج ٢)

المدين — أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصة ، لأن الغش في جانب المدين قد توافر (١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع الا عنصرا من عناصر شرط الغش في جانب المدين ، اذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة الا اذا كان تصرف المدين تاليا لحق الدائن ، فاذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط (٢) .

٥٨٢ — مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا في الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذي يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد

= ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ديرانتون ٢٠
فقرة ٥٧٣ — تولى ٦ فقرة ٣٥١ — ديملوب ٢٥ فقرة ٣٣٢ — لوران ١٦
فقرة ٤٦٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — اوبرين ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ — ص
٤٩٩ — بودري وبارد ١١ فقرة ٦٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦
— والتون ٢ ص ١١٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش
رقم ١ .

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير
سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — لوران
١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٩ —
بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ —
نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ .

ومثل ذلك أيضا أن يقف المدين مقارا ثم يقترض (استئناف مختلط
٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

ويرى الاستاذ اسماعيل غانم أرجاع شرط اسبقية حق السدائن الى
شرط الضرر ، لا الى شرط الغش ، ذلك أن الغش ليس شرطا للطعن في
التبرعات في القانون المصري ، في حين أنه من المسلم أنه يجب أن يكون حق
الدائن سابقا على التبرع حتى يجوز له الطعن فيه اسماعيل غانم . المرجع
السابق ص ١٨١ هامش (١) .

(٢) جروبييه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٩٥٦ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ — ص ٧٨٤ — انظر
أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية
٢ ص ٦٣٢ — أما في التبرعات ، في القانون المصري ، حيث لا يشترط الغش
فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن إنما يكون عنصرا من عناصر
الضرر .

يكون تاليا لحق الدائن وقد يكون سابقا عليه ، لأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقا على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البوليصة لو كان المدين قد تصرف في الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فإن حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن مسقطه ، فهذا الحق لم يكن إذن جزءا من ضمان الدائن (١) .

٥٨٣ — العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه
وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن في الوجود ، فالعبرة في المقارنة بين التاريخين بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، فلو كان الحق موجودا قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البوليصة ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خاليا من النزاع . فيستطيع الدائن المطلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقيق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطمئن بالدعوى البوليصة في تصرف صدر من مدينة قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أي في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البوليصة . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقا في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجودا قبل تحقق الشرط أو قبل حلول

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ س ٧٨٤ .

الأجينة ، فيكون سابقا في الوجود على تصرف المدين (١) . وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خاليا من النزاع ، أن يطعن في تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشئا لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين (٢) .

والعبرة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره ان كان من التصرفات التي تستوجب الشهر ، فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تاليا لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقا ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل الا بعد ثبوت حقه (٣) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رقم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجامعة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٧ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — دي هلتس ١ في الدعوى البوليصية فقرة ٥٣ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجاري لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المجامعة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ — راجع أيضا الاستاذ اسماعيل غانم فقرة ٧٦ — قارن الاستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٣٤٩ .

٥٨٤ — كيفية اثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن:
بقي أن نعرف كيف يمكن اثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق
الدائن •

تقضى القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف
المدين ، يحمل عبء اثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف
المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البوليصة ، والدائن
الذي يستعمل الدعوى هو المكلف باثبات توافر جميع شروطها •

فإن كان مصدر حق الدائن عملا ماديا ، فمن السهل اثبات تاريخ
وجود هذا الحق بالرجوع الى الوقت الذي تم فيه العمل المادي المنشئ
للحق • ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخا عرفيا غير ثابت ،
حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير
بالنسبة الى هذا التاريخ قبل أن يثبت أن شروط الدعوى البوليصة قد
نوافرت • فإذا كان تاريخ التصرف متأخرا على تاريخ العمل المادي ،
فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق في الوجود على تصرف المدين • أما
إذا كان تاريخ التصرف متقدما على تاريخ العمل المادي ، ولم يكن تاريخا
ثابتا ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمدا
ليكون سابقا على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البوليصة (١) •

وإن كان مصدر حق الدائن عقدا ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا
التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف • ولكن تاريخ
التصرف ، ولو كان تاريخا غير ثابت ، يكون أيضا حجة على الدائن الى
أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى
البوليصة كما قدمنا • ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف
متقدما على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع

(١) تارن نظرية الفقد للمؤلف مقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ •

الطرق أن التاريخ قدم عمدا بقصد حرمانه من الدعوى البوليصية (١) .
وغنى عن البيان أن المتصرف اذا كان له تاريخ ثابت ، فان مقارنة هذا
التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أى التاريخين
هو الأسبق »

أما اذا كان العقد الذى أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد
كان ينبغى ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له المتصرف ، لأنه
من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت . ولكن
لأسباب عملية أغفل التقنين المصرى الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق
الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى ، لأن الدائن — كما تقول
المذكرة الايضاحية (٢) — « يفاجأ فى أغلب الأحيان بالمتصرف الضار دون

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .
(٢) وهذا ما تقوله المذكرة الايضاحية : « وقد كان فى الوسع أن
يشترط ثبوت تاريخ الدين لاقامة الدليل على تقدمه على المتصرف ، بيد أن
المشروع أثر اغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى
لا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك . . . والواقع أن السدائن
يفاجأ فى أغلب الأحيان بالمتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل
لإثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء اقامة الدليل على
تقدم الدين ، بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن » (مجموعة
الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢) .

ونلاحظ أنه كان لا يكتفى اغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب
أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ
حجة على المتصرف اليه ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى (م ١٠٧ فقرة
أولى) . فان لم يوجد نص صريح فى هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة
وهذه تقضى بأن المتصرف اليه من الغير فلا يحتج عليه الا بالتاريخ الثابت .
على أنه يمكن القول أن المتصرف اليه يكون عادة سىء النية فى الدعوى
البوليصية ، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير
الثابت ، لأن المتصرف اليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ
ثابتا الا اذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك (انظر فى هذا
المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٦١١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبرى ورو ٤ فقرة
٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — وانظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة
٤٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

أن يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سند الدين « • ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من حصل له التصرف ، الى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمدا بالتواطؤ بين الدائن والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة (١) • ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا ، فان كان تاريخا ثابتا كانت حجته مطلقة (٢) ، وان كان تاريخا غير ثابت كان حجة على الدائن الى أن يثبت العكس • ومن ثم اذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدما على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمدا بقصد حرمانه من الدعوى البوليصة (٣) •

(١) والراجع في الفقه الفرنسي ان المتصرف له ، وهو معتبر من الغير لايحتج عليه الا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٥٧ ص ٢٨٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكاينتان ومورائدييه ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ — داللو انسيكلوبيدي (action paulienne) فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩١ وهامش رقم ١٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديوج ٧ فقرة ١٠٥٧ •

وقد سار القضاء اللبناني على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الاولى ٢٠ كانون الاول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٦٣) • وفي القانون العراقي يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام في القانون العراقي ص ٨٨ — ص ٨٩) •

انظر في هذه المسألة في التقنين المدني المصري السابق : نظرية العقد للؤلؤ فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٨٠ ، وفي التقنين المدني الجديد الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ •

(٢) الى حد الطعن بالتزوير بداهة •

(٣) انظر في هذه المسألة أيضا فقرة ١١٩ ص ٢١٥ — ص ٢١٧ •

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع الى المدين

٥٨٥ — شرطان رئيسيان : أما الشروط التي ترجع الى المدين فتتفرّد الى شرطين رئيسيين : (أولا :) الاعسار (ثانيا :) الغش والتواطؤ (١) .

المطلب الأول

الاعسار

٥٨٦ — تصرف المدين بسبب اعساره أو يزيد في اعساره : يشترط في الدعوى البوليصة أن يكون المدين معسرا ليست عنده أموال تكفى لوفاء حق الدائن .

والمدين أما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في اعساره ، وأما أن يكون معسرا قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في اعساره (٢) .

(١) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان التركة إلا بعد سداد الديون ، ولا يجوز للمشتري من الوارث ، ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البوليصة (استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤) .

(٢) استئناف اهلى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ — استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ — استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ =

وهذا ما تقتضى به المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى ، وقد تقدم ذكرها .
فلو أن التصرف المظنون فيه لم يكن هو السبب فى الاعسار ، بل
بقى المدين موصرا بعد هذا التصرف (١) ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله
معسرا ، فلا يجوز للدائن أن يطعن فى التصرف . على أنه قد يتفق أن
تصرف المدين لا يجعله معسرا ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة فى سلسلة
متصلة من التصرفات مجموعها يؤدى الى اعساره ، وقد قصد بذلك
الاضرار بالدائن ، ففى هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن فى هذه
التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذى سبب مباشرة اعسار
المدين (٢) .

واذا كان المدين معسرا من بادىء الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض
كافى بحيث لم يكن هذا التصرف سببا فى زيادة اعساره ، فإن التصرف
لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية (٣) .

= ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص
٤٣٣ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ١٧ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٢
ص ٣٦١ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة
١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .
ديرائتون ١٠ فقرة ٥٧٠ — ديملومب ٢٥ فقرة ١٧٦ — لوران ١٦
فقرة ٤٣٤ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧
— ص ١٩٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
١٢٨ — والتون ٢ ص ١٠٩ — مازو وروسمان فى القانون المدنى ، المراجع
السابق فقرة ٩٨٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

- (١) انظر : نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم
١٢٥ ص ٣٨٣ .
(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٩ ابريل
سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ — ديملومب ٢٥ فقرة ١٧٨ —
لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — والتون ٢ ص ١٠٩
— ص ١١٠ .
(٣) قارب نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم
٣٦٧ ص ٦٩٩ .

٥٨٧ — اثبات الاعسار : وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن اثبات اعسار المدين • فإذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون • وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الاثبات بفضل هذه القرينة الى المدين ، وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك باثبات أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع اثبات ذلك اعتبر معسرا •

٥٨٨ — الاعسار في الدعوى البوليصية وما ينطوى عليه من مرونة : والاعسار في الدعوى البوليصية ، كالاعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الاعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه (١) ، لا الاعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط واجراءات معينة •

وللاعسار في الدعوى البوليصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوى على كثير من المرونة •

فإذا طوّل المدين باثبات أن له مالا يساوي قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، والا اعتبر معسرا (٢) ،

(١) قارن الاستاذ اسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب الى ان العبرة بالديون المستحقة الاداء كما في حالة شهر الاعسار • ولقد عدل الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم عن هذا الرأي خاصة وأن نص المادة ٢٣٩ مدني قد جاء مطلقا بغير تفرقة بين الديون المستحقة الاداء والغير مستحقة ، وتبعاً لذلك فإن المشرع يجيز للدائن أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية مادامت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه جميعاً ولو كانت كافية للوفاء بديونه المستحقة : اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني طبعة سنة ١٩٦٧ ص ١٧٤ هامش (١) •

(٢) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ — ديولوج ٢٥ فقرة ١٨٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ •

ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب اعساره . ويكفى لتحقيق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه (١) .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعودا ببيع عين أو كان دائئا في وعد برهن أو كان دائئا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر اضرازا بحق الدائن (٢) ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد بتتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل اجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة اعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البوليصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (٣) .

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيسول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دالوز أنسكلويدي ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ — فقرة ١٧ — دي هلتس ١ في الدعوى البوليصية فقرة ٤٨ . ويترب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، ويادر المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئا مع البائع على الاضرار بالمشتري الاول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البوليصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشتري الثاني على علم بذلك واشترط في التدليس ، بطل البيع الثاني ، وغير معقول القول =

٥٨٩ — وجوب بقاء الاعسار الى وقت رفع الدعوى — تجريد المدين : ويجب أن يبقى المدين معسرا الى وقت رفع الدعوى البوليصة ،

بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدنى (قديم) ، اذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسيا فى التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (١٧ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩ . وانظر أيضا : استئناف اهلى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/١٩ — استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ — ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت الى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، ويأنه ما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته الى المتصرف اليه ، ولا يكون للمتصرف اليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها ، وفى تلك الفترة اذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما ، فاذا بادر هذا الشخص الآخر الى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الاول ، فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للاول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سبب النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه من الصفقة . واذن فلا يقبل من أى انسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا للملك فعلا اليه ان ينازع من آل اليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعيا أن له حقا عينيا على العقار يحتج به عليه ، كما انه لا يقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت اليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر أيضا فى هذا المعنى : نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ — استئناف أسسويظ ٤ يناير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ — وقارن نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣) .

فلو أن تصرفه بسبب اعساره أو زاد في اعساره ، ثم انقلب بعد ذلك

= وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثاني إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فإن ذلك الطعن — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — يكون غير منتج في التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصة حتى ولو كان المطعون ضده الثاني بوصفه متصرفا له والمتصرف سييء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفة، ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من أغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثاني بالدعوى البوليصة لا جدوى منه في خصوص هذه الدعوى (نقض مدني في ٢٦ من يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٤) .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلا أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البوليصة ، أمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم هي القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) وما الدعوى البوليصة ذاتها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (ديموج ٧ مقرة ١١٢٧ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بإمكان الطعن في العقد المسجل بالدعوى البوليصة ، ولكن ليصل المشتري الأول إلى استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها دون أن يسترد العتار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى إبطال العقد الثاني المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادي من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها ، على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفة قانون التسجيل ، فضلا عن أن الدعوى البوليصة في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه في حق الدائن السدي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه ، فإذا وجد في هذا المال ما يفي بمدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينهم (٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشتري الأول الذي لم يسجل عقده في العقد المسجل للمشتري الثاني بالصورية — لا بالدعوى البوليصة =

موسرا لزيادة لطرات في ماله ، كما اذا كان قد تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يظعن في تصرف المدين اذا لم تعد له مصلحة في ذلك (١) .

والدعوى البواليسية دعوى تكميلية (subsidaire) لا تعطى للدائن الا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى الا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذى تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد (٢) . ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة . ففي الكفالة اذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، واذا طلبية تكميلية أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المبروعات اللازمة لهذا الرجوع أما في الدعوى

= معقد ذلك يقدم المشتري الأول وهو لم يسجل عقده على المشتري الثانى الذى سجل عقده (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ . وأنظر أيضا : نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الاستاذ محمد حامد نهى في ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . وقد قضت محكمة النقض أخيرا بأنه لا تنتقل الملكية من البائع الى المشتري الا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون المشتري عالما بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشتري الثانى المسجل هو عقد صورى ، ولا ينتج في اثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ — بنى سوييف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

البوليصة فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يسدل الدائن على مال للمدين (١) ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت ائسار المدين على الوجه الذى قدمناه (٢) ومن ثم فالمدين هو الذى يدل على مال عنده يكفى لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما اذا كان تصرف المدين هو الذى سبب ائساره أو زاد في هذا الائسار ، وما اذا كان الائسار باقيا الى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ، وانما تكون لها الرقابة للتحقيق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البوليصة ، والدائن هو المكلف باثبات كل من الأمرين (٣) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضى بسقوط حق الدائن في الدعوى البوليصة اذا أصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو اثبت من تصرف له المدين أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ومقتضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفي بحقه . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سئرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف باثبات ائسار المدين فعليه هو أن يثبت على الوجه الذى بيناه أن المدين ليس عنده مال يفي بحقه ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين يفي بحق الدائن .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — مازو دروس في القانون المدنى المرجع السابق فقرة ٩٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٩٠ هامش رقم ١ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعى . واثنى متى كان الحكم المطعون فيه ، اذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الاولين ، اقام قضاءه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة اجراءات التنفيذ بسببه تينا آخر مستحق الاداء وصدر به حكم ابتدائى مشمول بالتنفذ المؤقت ، وأن القدر الذى بقى للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفى لوفاء جميع ديونه ، اذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه ائسار المدين ، فقد استند الى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون ، مادام قد تبين للمحكمة أن السيد المدين الذى ادخلته في تقديرها لائسار المدين هو دين جدى مستحق الاداء (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

المطلب الثاني

الغش والتسواطؤ

(concilium frandis)

٥٩٠ — الغش بوجه عام : غش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البوليصية ، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط الدعوى البوليصية كلها في شرط الغش . فان الغش لا يتوافر في جانب المدين الا اذا تصرف تصرفا مفقرا يؤدي الى اعساره للاضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفي اذن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في اعسار المدين أو زاد في اعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضا أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشا (١) . وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البوليصية ، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه .

والغش في الدعوى البوليصية (frande) غير التدليس (dol) الذي عرفناه عينا في الرضاء . فالتدليس يدخله في الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد الخدوع . أما الغش في الدعوى البوليصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولأكثره به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيرا ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحا فيما بينهما ، وانما يراد بالغش الاضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون اثره عدم نفاذ

(١) استئناف مقرر ١٤ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

العقد في حق الدائنين • والعبرة في الغش أن يكون موجودا وقت صدور التصرف المطعون فيه (١) •

على أن الغش في الدعوى البوليصة والتدليس كعيب في الرضاء
انما هما تطبيقان للنظرية العامة في الغش • والغش في العقد بنوع خاص
ينطوي على صور مختلفة • فيقصد به تارة الاضرار بأحد المتعاقدين ،
وهذا هو التدليس كما قدمنا • ويقصد به تطورا الاضرار بالغير ، فيحتفظ
باسم الغش • والغير أما أن يكون دائئا لأحد المتعاقدين ، كما في الدعوى
البوليصة ودعوى الصورية • وأما أن يكون غير دائئ يريد المتعاقدين
الحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد
بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو
أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة •

وجزاء الغش في غير العقد هو التعويض • وجزاءه في العقد يكون
تارة ابطال العقد كما في التدليس عند تكوين العقد ، وطورا يكون
تعويضا كما في التدليس عند تنفيذ العقد ، وثالثة يكون عديم نفاذ العقد
في حق الغير كما في الدعوى البوليصة ، ورابعة يكون رد الشيء إلى
حقيقته كما في الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث
ضررا باعتبار في ذاته عملا غير مشروع (٢) •

٥٩١ — يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش
إذا كان التصرف معاوضة • وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من
التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ،
اشتترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ،

(١) استئناف مختلط ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .
(٢) بلاتبول وريبير وأسيمان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧
فقرة ١١٣٣ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها —
جوسزان في الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .
(م ٨٥ — الوسيط ج ٢)

وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش • ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر •

ويتبين من هذا النص أنه اذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا ، وجب أن يكون منطويا على غش من المدين • وقد توخى التقنين المدنى الجديد اقامة قرائن قانونية لتيسير الاثبات الذى يحمل عبئه الدائن • فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب اعساره أو يزيد في اعساره • ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التى تقوم في الدعوى ، كما اذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدى أنه دفع الثمن •

فاذا اثبت الدائن علم المدين باعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين • ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لاثبات العكس • ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه باعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثا آخر ، كتلبية لنداء واجب أدبى ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن اعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وان أخلفت الأيام ظنه فبقى معسرا (١) • وقد يتعاقد المدين تعاقدًا يؤدي إلى اعساره وهو عالم بذلك ، وانما يقدم على التعاقد لا غشا واضرارًا بحقوق الدائن ، بل اعتقادًا منه أن هذا التعاقد الذى أدى إلى اعساره سيكون

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ — والتون ٢ ص ١١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ — ص ٧٩٩ •

سببا في ترويج أعماله وعودته الى اليسار . ففي مثل هذه الحالة ، اذا أثبت المدين ذلك ، لايجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش (١) . ولا يكفي ، مادام التصرف معاوضه ، أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضا أن يكون من صدر له التصرف — المشتري مثلا — على علم بهذا الغش . وهنا أيضا يقيم التقنين المدني الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفي أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب اعسار المدين أو يزيد في اعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين . وعلى من صدر له التصرف ، اذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه ، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الاضرار بدائنيه ، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس الا تصرفا مألوفًا تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته (٢) .

ويتبين مما تقدم أن التصرف اذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية ، بدأ باثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تيسر الاثبات في الدعوى البولصية ما يأتي : « ولعل أمر الاثبات من اشق ما يصادف الدائن في الدعوى البولصية ، سواء في ذلك اثبات اعسار المدين أم اثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسر مهمة الدائن في هذا الصدد : (١) فاجتزأ من الدائن في اثبات اعسار مدينه باقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون . فمتى اقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل . (ب) ثم انه جعل من مجرد علم المدين باعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش اذا كان قد علم بذاك الاعسار . . . من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : انظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — ص ٦٣٣) .

انظر في هذه المسائل في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف
فقرة ٧٣٥ .

التصرف يؤدي الى اعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضا (١) . فاذا تمكن من هذا الاثبات ، فرضنا الغش في جانب المدين وفي جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أى منهما ان لم تكن عنده نية الاضرار بالدائن . والاثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ،

= وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادتين ١٣٧ و ١٣٨ / ١ من القانون المدني أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه . وإذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن أثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى وأثبت في عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني أن العين المباعة محملة برهن رسمى للمطعون عليها الأولى ضمانا لدينها قبل المطعون عليه الثاني البائع ، وأن هذا الرهن سابق في القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن واستخلص الحكم من شهادة شاهدي المطعون عليها الأولى في هذا الخصوص ، وما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثاني وبين الطاعن تأسيسا على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يؤدي الى اعسار المطعون عليه الثاني ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن أقبل على الشراء وهو على بينة من الدين ومن الرهن المقيّد على العين المباعة ضمانا لهذا الدين ، والذي يخول للمطعون عليها الأولى تتبع العقار في أي يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثاني للطاعن ، فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال (نقض مدني في ٢٧ من ابريل ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥) .

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ / ١ من القانون المدني أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب اثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الاضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه : نقض مدني في ٢٧ ابريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥ ونقض مدني في ٨ مايو سنة ١٩٧٨ المجموعة السابقة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

لأن المراد اثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز اثباته بجميع طرق
الاثبات (١) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال
التحضيرية ٣ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا ان اثبات علم من تصرف له المدين
باعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية او القرابة ،
فاذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العلم
باعسار المدين (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ —
١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص
٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧
ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة
١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) انظر أيضا : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة
١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى انه قبض الثمن
من أمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الارض
لقريب له يعيش معه فى بيت واحد واستمررا يستغلانها معا) — ٢١ ديسمبر
سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجه عقارا ولم يتمكن الزوج من أن
يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ، ولم يكن فى حالة مالية
تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — انظر فى هذا المعنى أيضا :
استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة
١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — اسكندرية الكلية الاهلية اول سبتمبر سنة ١٩١٤
الشرائع ٢ رقم ١٧٨/١ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجه المقيمة معه فى معاش
واحد كافة مايمتلكه ، ثم بقيت الاعيان المباعة فى حيازة المدين بعد البيع) .
ولكن مجرد قرابة المشتري والمشتري من باطنه للبائع دون قرائن أخرى
لايكفى لاثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة
٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولايكفى كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة
أخرى (استئناف اهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم
٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣
مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨/١ من
القانون المدنى أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لايكفى
لعدم نفاذ تصرفه فى حق الدائن بل يجب على الدائن اثبات التواطؤ بين
المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوق الدائن لان الغش من
الجانبيين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن
يثبت ان الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، واذا كان يبين
مما قررة الحكم المطعون فيه واسبس عليه قضاءه أنه استخلص من اقوال
الشهود والقرائن التى أوردها ان المتصرف اليه — مشتري العقار — لم
يكن يعلم أن التصرف يؤدى الى اعسار — البائع — ورتب على ذلك عدم =

التصرف يسبب اعسار المدين أو يزيد في اعساره هو من الأمور الموضوعية
التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع (١) .

= توافر الغش في جانب المتصرف اليه بما ينتقى معه أحد أركان دعوى عدم
نفاذ التصرف ، فانه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً : نقض مدنى
في ٤ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص
١٢١٣ .

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالدين ،
وسرعة التصرف من المدين لمشتري ومن هذا المشتري لمشتري آخر . ولذا
يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن في ذمته ديناً
وبعد أخذ الدائن لحق اختصاص ، ولا يمكن المشتري الثانى الادعاء أنه حسن
النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشتري الاول ، لان من عادة المشتري
الكشف أيضاً ضد البائع لبائعه (استئناف أهلى ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق
٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلاً كان
يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلاً
فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفى للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها
الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وإنما جعلاً باسم الزوجة
هروباً من الدين (استئناف أهلى ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم
٢٣٠ ص ٢١٧) وحصول الشراء في وقت مشتببه فيه ، وشراء
الشخص لاطيان في جهة بعيدة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا مصلحة
له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على
الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم
١٤٧) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ،
لا يكفى (والتون ٢ ص ١١٦) .

وإذا كان النائب سبب النية وتعامل مع مدين معسر متواطئ معه ،
فذلك كاف لاستعمال الدعوى البوليصية حتى لو كان الأصل حسن النية
(والتون ٢ ص ١١٧ — الوسيط جزء أول (الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة
٨٦ ص ٢٤١) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق في الدعوى البوليصية الوقائع التي يريد
اثباتها للتدليل على سوء نية المشتري ، لا أن يكفى بإظهار استعداده لاثبات
سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة
١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) .

وجود التواطؤ في الدعوى البوليصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة
النقض عليها (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩
ص ٨٥٠) .

(٢) نقض مدنى في ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض
السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ .

٥٩٢ — لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين اذا كان التصرف تبرعا : أما اذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « أما اذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا » .

ويتبين من هذا النص أن المدين اذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه باعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له باعسار المدين . بل يكفي للنجاح في الدعوى البوليصة في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب اعسار المدين أو زاد في اعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه اذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو الا من فوات نفع عليه اذا أجزنا للدائن النفع في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى نفعا ، فالأول أى الدائن على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء هو الأجدر بالرعاية (١) . أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له . اذ المشتري انما يتوقى ضررا كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فان كان حسن النية وجب أن يفضل

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٧ — ص ١١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .
ويلاحظ أن الموهوب له اذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن الا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن النية وفقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

حقه ، وان كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن (١) .

وقد كان هذا هو أيضا الحكم في التقنين المدني السابق (٢) .

أما في فرنسا فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البوليصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعا (٣) . واكن اذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضا الغش في جانب من صدر له التصرف . أما اذا كان التصرف تبرعا ، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع ، ويكفى غش المدين .

(١) انظر المادة ٢٣٠ من التقنين التجارى . وانظر العقد للمؤلف
فقرة ٧٣٥ ص ٧٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصرى والفرنسى المشار
اليها في هذا المرجع .

(٢) انظر مناقشة مواد التقنين المدني السابق ، في نصوصها العربية
والفرنسية . لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين
والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، واخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز في
عهد التقنين المدني السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش
رقم ٢ . وانظر في تأكيد هذا المعنى : نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧
مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط
١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأى في فرنسا يذهب الى ان التبرع لا يشترط
فيه الغش في جانب المدين ، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش
(ديفرجيه على توليه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبرى ورو ٤ فقرة
٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأى بوجه خاص الى أن التقنين المدني الفرنسى
ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن
بالطعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص
على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هي :
(أ) المادة ٦٢٢ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع .
(ب) المادة ٧٨٨ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث .
(ج) المادة ١٠٥٣ مدنى فرنسى المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن
يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدنى
الفرنسى كان يتضمن نصا يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف ، أن تنازل
المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش في
جانب المدين ، ما دام هذا التنازل ضارا بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه
القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت في صورة تنازل =

٥٩٣ — خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه « اذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ان كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعا » .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذى انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعا . ففى هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثانى ، لأنه انما يبتغى نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فاذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما اذا كان الخلف الأول قد تلقى

= او فى أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كولىه دى سـانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجيه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الراى لم يسد لا فى الفقه ولا فى القضاء (ديپولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديوج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والراى السائد هو اشتراط غش المدين حتى فى التبرعات . ويرد انصار هذا الراى على انصار الراى الأول بأنه اذا كان المشرع الفرنسى قد اغفل شرط الغش فى الأحوال الثلاث التى أشير اليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلأنه لم يكون قد اتخذ لنفسه موقفاً فى هذه المسألة . فاذا ما وصل الى المادة ١١٦٧ — وهى النص الأساسى فى الموضوع — نراه اتخذ موقفاً واضحاً اذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهى حالة تنازل الزوجة عن حقها فى الروكية (م ١٤٦٤) — اذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) — وراجع أيضاً ما زو المرجع السابق فقرة ٩٩٥ .

التصرف معاوضة ، فيشترط اثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذى قدمناه .

(الفرض الثانى) أن الخلف الذى انتقل اليه الشئ من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذى ورد فيه النص المتقدم الذكر .

فان كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول ، فلا يكفى أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثانى ، فيثبت أن الخلف الثانى علم أمرين : ١ - غش المدين ٢ - وعلم الخلف الأول بغش المدين (١) . وفى هذا الحكم تخرج

(١) وذلك « حتى لا يكون عقد الحلف الثانى معرضا للطعن فيه الا اذا كان الخلف الثانى عالما بعيب التصرف الاول من جهة المدين ومن جهة الخلف الاول » (انظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آتفا فقرة ٥٦٩ فى الهامش) . انظر : استئناف اهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ - بنى سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ - مصر الكلية الاهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ . ولكن اذا باع المشتري العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البوليصة وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لاثبات سوء نية المشتري الثانى (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ - ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . ويلاحظ انه قد يتواطأ المدين مع آخر ، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطىء مع المدين ، ففى هذه الحالة يكفى تواطؤ المدين مع المشتري من المشتري وان كان المشتري الاول حسن النية (ديملومب ٢٥ فقرة ١٩٩ - اوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .

وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى أن الخلف - الذى تصرف له المدين بعقد معاوضة - اذا ما تصرف بدوره الى خلف آخر بعقد معاوضة كان على الدائن الذى يطلب عدم نفاذ التصرف الاخير أن يثبت امرين (الاول) وقوع غش من المدين وهو أن التصرف منه ترتب عليه اعساره او زيادة اعساره (والثانى) هو علم الخلف الاول بغش المدين : نقض مدنى فى ٢٩ من اكتوبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٩٣ ص ١٢٨٢ .

الدعوى انتوليفية على القواعد العامة • فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح في الدعوى البوليصة بالنسبة الى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثانى دون حاجة الى اثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن فى وسع الخلف الأول أن ينقل الى الخلف الثانى أكثر مما له (١) • ولكن المبررات التى قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن اذا كان حسن النية تقوم هى نفسها لحماية الخلف الثانى

(١) فالقواعد العامة كانت تقضى اذن بالاعتصار على اشتراط الغش فى جانب المدين والمشتري دون المشتري من المشتري ، وقد ذهب فى فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم الى هذا الراى (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٦٦ — ديفرجيه على توليه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ — محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سريه ٢٥ — ٢ — ٤١٧ — محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللو ٦٦ — ١ — ١٦٥) • ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البوليصة ، وكان القانون الرومانى يشترط غش المشتري من المشتري (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ — فقرة ٥٨٣ — ديملومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ — هيك ٧ فقرة ٢٢٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ — أوبيرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير ورودان ٧ فقرة ٩٥٩ — نقض فرنسى ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سريه ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللو ٥٢ — ١ — ٤٩) •

وفى مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البوليصة واشترط الغش فى جانب المشتري من المشتري : دى هلتس ١ فى الدعوى البوليصة فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف اهلى ١٤ ابريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بنى سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠) • انظر عكس ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الاستاذ جبريل بسطوروس فى التعليقات على التقنين المدنى المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ • وانظر دفعا طيبا من القاعدة التقليدية فى دى هلتس ١ الدعوى البوليصة فقرة ٣٠ — هذا وقد نص التقنين المدنى الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا ، فأصبح لهذا القاعدة سند تشريعى ، ولم تعد بذلك محلا للخلاف (انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) •

وتفضيله على الدائن اذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية^(١) .
 أما اذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قدمنا أن
 الدائن ليس مكلفا باثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول .
 ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني ، فانه يجب
 على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح في الدعوى البوليصة قبله ، علم هذا
 الخلف الثاني باعسار المدين . فاذا كان الخلف الثاني حسن النية ، فانه
 يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضررا كالدائن كما تقدم
 القول (٢) .

ويلاحظ أن الدائن ، في هذا الفرض الثاني وفي حالتيه ، قد ينجح
 في الدعوى البوليصة في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني . وعند
 ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في حق الدائن ،

(١) واذا فرض أن المدين باع عقارا ، واثبت الدائن الغش في جانبه
 وجانب المشتري معا ، ولكن شفيعا أخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب
 على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك ؟ اذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى
 الحق من المشتري ، فانه يجب اثباته غشه أيضا . ولكن من القواعد
 المقررة في الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولايتلقاه من
 المشتري ، فلسنا إذن في صدد مشتر ثان من المشتري الأول . لذلك لانرى
 اشتراط غش الشفيع — وهو يكاد يكون مستحيلا عملا — ويكفى غش
 المشتري . والأولى أن يقال أن البيع الذي كان سببا في الأخذ بالشفعة
 لا ينفذ أثره بالنسبة الى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة في حقه ، وتبقى قائمة
 ما بين البائع والمشتري والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على
 العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقى في يده ما عسى
 أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئي على البائع (نظرية
 للعقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال
 التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ — ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثاني صعبة
 التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشتري
 من الموهوب له سىء النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة في فرنسا في المهر
 (dot) فقد يهب أب معسر لابنته مهرا وهى حسنة النية لا تعلم باعسار
 أبيها ، وتعطى البنت المهر لزوجها وهو سىء النية متواطىء مع الاب .
 ولا تتحقق هذه الحالة عملا في مصر الا اذا كان كل من المدين والموهوب
 له سىء النية ، فعندئذ اما أن يكون المشتري من الموهوب له حسن النية
 فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البوليصة ، واما أن يكون سىء النية فيجوز
 للدائن ذلك (دى هلتس ١ في الدعوى البوليصة فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩) .

أما تصرف الخلف الأول للخلف الثانى فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذى التزم به الخلف الثانى للخلف الأول ، ويشاركه فى ذلك — الى جانب سائر دائئى المدين — جميع دائئى الخلف الأول مشاركة الغرماء (١) .

٥٩٤ — التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى فى الدعوى البوليصية لما قدمناه ، فأننا نستعرض هنا بعض حالات يدق فيها هذا التمييز :

١ — عقود المعاوضة اذا انطوت على غبن فاحش ، كما لو باع المدين عينا بربع ثمنها ، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود معاوضة ، ويشترط فيها الغش ، ما لم يكن الثمن تافها غير جدى فيكون العقد تبرعا لا يشترط فيه الغش . أما اذا كان الثمن جديا ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش (٢) .

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وقد قيل فى الاعتراض على القاعدة التقليدية أنها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البوليصية ، ويكفى لذلك أن يبادر المشتري المتواطىء مع المدين الى بيع العين لمشتري ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البوليصية على المشتري من المشتري (بودرى وبارد) فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) . وما قدمناه يصلح ردا على هذا الاعتراض ، فان الدائن فى هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البوليصية على المدين والمشتري ، ويجب أن يرد المشتري الثمن الذى أخذه من المشتري الثانى — أو قيمة العين ان كانت أكبر من الثمن — لينفذ عليه الدائن بحقه . وكذلك الامر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتري حسن النية ، فان الدائن يرفع الدعوى البوليصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشتري من الموهوب له اذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذى دفعه المشتري للموهوب له (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وانظر فى القانون الفرنسى ؛ مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٨) .

(٢) بلانيول وريبير وديوان ٧ فقرة ٩٣٦ ،

٢ — يعتبر الاقراض دون فائدة تبرعا ، أما الاقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .

٣ — هناك عقود تكون تبرعا من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهي تبرع من جهة الكفيل اذا لم يأخذ عوضا لا من المدين ولا من الدائن ، وهي معاوضة من جهة الدائن . والعبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فاذا رفع دائن الكفيل الدعوى البوليصية للطعن في عقد الكفالة — وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصى وينتقص من حقوق الكفيل العينية — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

٤ — هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافا بجميل أسداه اليه الموهوب له (donation rémunératoire) ، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعا في هبته ، الى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الاضرار بدائنيه فبالغ في قيمة الهبة ، فانه يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية ، ولكن يشترط هنا اثبات الغش . مثل ذلك أيضا الهبة بعوض ، فانه يجب اعتبار العقد معاوضة لا سيما اذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير ، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البوليصية اثبات الغش (١) . ومثل ذلك أخيرا عقد المهر في القانون الفرنسى ، فان القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم اثبات الغش في جانب المدين الذى قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين (٢) ، أما الفقه الفرنسى فيعتبره تبرعا يكفى فيه — في القانون

(١) بلائيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٢١ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللويز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠

الفرنسي — اثبات غش المدين الذي قدم المهر (١) . وفي الشريعة الاسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الاضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها اثبات الغش . وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء للالتزام طبيعي ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية الا اذا ثبت الغش بأن تجاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل (٢) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ .

(٢) انظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ — وانظر في المهر من حيث انه معاوضة أو تبرع في القانون الفرنسي ديموج ٧ فقرة ١٠٢٨ — فقرة ١٠٤٣ مكررة . وانظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ — وانظر ايضا المادة ٢٢٩ من التقنين التجارى .
الدعوى البوليصية في القانون التجارى : والدعوى البوليصية في القانون التجارى لها صورتان : ١ — صورة مماثلة لصورتها في القانون المدنى ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩ — ٢٣٠ من التقنين التجارى ، وهى نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدنى الجديد ، وتتفق في الدقة نصوص التقنين المدنى السابق (انظر : نقض مدنى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ — استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) . ٢ — وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ شهر افلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧ — ٢٢٨ من التقنين التجارى . والذي يميز هذه الصورة الاخرى أن القانون فيها يفترض الغش في جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك باثباته ، ولا يسمح للمدين بنفيه عنه ، ما دام التصرف قد صدر من المدين في وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة ايام (نظرية العقيد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧١٧ هامش رقم ١) .

المبحث الرابع

التقادم في الدعوى البوليصية

٥٩٥ — تقادم الدعوى البوليصية في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي : لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البوليصية . لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة ، شأنها في ذلك شأن الدعوى التي لم يرد في أمر تقادمها نص خاص (١) . وكانت المدة تسري من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف (٢) .

ولا يوجد كذلك في التقنين المدني الفرنسي نص خاص بتقادم الدعوى البوليصية . وجمهور الفقهاء في فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تغويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البوليصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهي المدة التي تسقط بانقضائها دعاوى البطلان في القانون الفرنسي (٣) .

(١) استئناف اهلى ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٣/١٦٢ ص ٤٨٣ () ويقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصا أدبيا ، وذلك في حالة الوقف اضرارا بالدائنين (— دى هلتس ١ في الدعوى البوليصية فقرة ٥٤ — والتسون ٢ ص ١٦٢ — الاستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مخدرات الاستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ .

(٢) دى هلتس ١ في الدعوى البوليصية فقرة ٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤٤ — هيك ٧ فقرة ٢٢٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٩ — بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٤ — جوسبران ٢ فقرة ٧٠٥ .

٥٩٦ — تقادم الدعوى البوليصية في التقنين المدني الجديد :

وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد استحدث نصا في تقادم الدعوى البوليصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن « تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البوليصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ، وإن كانت الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان كما سيجيء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم الى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقا مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة الى ثلاث سنوات « توخيا للتيسير » (١) . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت

= بلانبول وريبير وبولاتجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ — جروبييه فقرة ٢٥٩ — ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ — وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون الى أن الدعوى البوليصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل الاستاذان بودرى وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبنى على اجازة ضمنية . والاجازة الضمنية لا تتصور في الدعوى البوليصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيها ، فإن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البوليصية ، اذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر الا لمصلحة الدائن ، ولا يخفى أن تنازل الدائن عن الدعوى إنما هو بمثابة اجازة ضمنية لتصرف المدين . والادق أن يقال ان الدائن « وهو من الغير » يقرر التصرف (ratifier) لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧٨) تسقط الدعوى البوليصية بعشر سنوات .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ أيضا فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(م ٨٦ — الوسيط ج ٢)

علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، « لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه » (١) .
فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضا باعسار مدينه وبالعش الواقع من هذا المدين ومن خلفه ان كان هناك موجب لذلك ، وفقا للقواعد التي سبق ذكرها (٢) .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك الا بعد صدور التصرف بمدة طويلة .
فاذا زادت هذه المدة على اثنتي عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فان مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدنى ، كما رأينا ، أن الدعوى البوليصية « تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه » . ففي الحالة المتقدمة الذكر ، وهي حالة ما اذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف الا بعد مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ أننا فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٢) ويترتب على ذلك أنه اذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف في تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة الى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم في كل حال ، بالنسبة اليهم جميعا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (انظر الاستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٨) .

(٣) واذا كانت الدعوى البوليصية تسقط بالتقادم المسقط ، فان من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائما فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البوليصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٧ — فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البوليصية على خلف المدين ، ولو بقى هذا واضعا يده على العين مدة التقادم المكسب =

٥٩٧ — تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق في الزمان :

ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البوليصية كانت في التقنين المدني السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، تسقط الآن في التقنين المدني الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة في كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم في التقنين الجديد أقصر منها في التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك » ٢ — أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

ويتبين من ذلك أنه إذا كان في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقا للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة الى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وجب أولا أن يحجب مدة التقادم وفقا للتقنين الجديد . فإذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين في أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه الا في أول

= مادامت الدعوى البوليصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استثناء مختلط) ١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٥ ص ٩٦ ، الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات (٣٦٠) ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، إذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المستقط للدعوى البوليصية وهي تزيد في بعض الأحوال ، تبعا لمبدأ سرياتها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف)
فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤ .

هذا وقد ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد تقادم الدعوى البوليصية ، ما يأتي : « ويراعى أن للدائنين الآخر أن يتمسكوا بالتقادم الحولى (عدلت المدة الى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الآخر دائنو المتصرف اليه ، لأن لهم مصلحة في هذا التمسك حتى لا ينفذ الدائن الطاعن على العين التي انتقلت الى المتصرف اليه فأصبحت في ضمانهم العام .

أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فإن التقادم يكتمل وفقا للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقا للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ ، فتكون العبرة بالتقادم الذى يتم وفقا للتقنين الجديد لأنه يتم أولا •

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف الا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، فإن التقادم يكتمل دائما وفقا للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه يكتمل وفقا للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ • فتكون العبرة هنا بالتقادم الذى يتم وفقا للتقنين السابق لأنه هو الذى يتم أولا ، وتتقادم الدعوى البوليصية في هذه الحالة في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ •

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى البوليصية

٥٩٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى تقرر عدم نفاذ التصرف استوفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضرارا بهم » •

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتى :

« إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة (١) » •

(١) تاريخ النصوص :

٢٤٠ : ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مبدئى لما استقر عليه في التقنين الجديد • وقد وافقت عليه لجنة =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين (٢٤١ — ٢٤٢) وفي التقنين المدني العراقي

= المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدني السابق . وكان حكماً أفضل إذ بمقتضاه لا يستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذي حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض بأن الأساس القانوني يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها في الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن في ذلك إعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو باعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع المصروفات التي صرفها في الدعوى وتكون له الأولوية في اقتضاؤها . وفي جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هي دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ لعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإنفاذ الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف اضراراً بهم وإثبات تحقق هذا الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لا يغني أي دائن عن رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص . . . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤) .

م ٢٤١ : ورد هذا النص في المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل » بعبارة « متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل » ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع » ، لأن ذوى الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

٢٦٦ — ٢٧٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٣١٤ — ٣١٥ ، وفي التقنين المدني الأردني المادة ٣٧٣ (١) .

٥٩٩ — طبيعة الدعوى البوليصية : ليست الدعوى البوليصية الا طريقا يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر اضرازا بحقوقه . اذ الأصل أن الدائن ينصرف

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤١ — ٢٤٢ (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٦٦ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٦٧ : ١ — اذا وفي المدين بالتزامه ، او اصبحت امواله كافية لوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر اضرازا بالدائنين أن يتخلص من الدعوى اذا هو قام بوفاء حقوقهم ، او اذا اثبت أن المدين عنده مال يكفي لهذا الوفاء . ٣ — واذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل وقام بايداعه صندوق المحكمة . (والفقرتان الأوليان كانتا في المشروع التمهيدي للتقنين المصري وحذفنا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتى .
والفقرة الأخيرة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى الا الشخص أو الأشخاص الذين اقاموها ، وذلك على قدر ما بحسب لصيانة حقوقهم . اما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائما ، ويستمر على انتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف في حكمه عن نص التقنين المدني المصري في ان الدعوى البوليصية في التقنين اللبناني لا يفيد الا الدائن الذي رفعها ، كما كان الا في التقنين المدني المصري السابق وكما هو الا الآن في القانون الفرنسي ، وبخلاف التقنين المدني المصري الجديد فان الدعوى البوليصية فيه تقيّد جميع الدائنين الذين استوفوا شروطها — انظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القسانون المدني اللبناني ص ٦٦ — ٦٧) .

التقنين المدني الكويتي م ٣١٤ — ٣١٥ (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة) .
التقنين المدني الاردني م ٣٧٣ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري ، ولا مقابل لنص المادة ٢٤١) .

اليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فان كان سيء النية فان أثر العقد لا ينصرف الى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البوليصة هي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار الدعوى البوليصة ، بل ليس هذا الا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد الى فكرة أساسية ، هي غش المدين بقصد الاضرار بالدائن ، فأخذنا للمدين بغشه ، ودرءا لهذا الضرر ، واستخلاصا للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق المدين وبذلك يرقد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البوليصة هي دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتي :

(أولا) ليست الدعوى البوليصة بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسي زاخر بالمناقشات المحتدمة في هذا الصدد ، وقد انقسم بين رأيين :

رأى يذهب الى أن الدعوى البوليصة هي دعوى بطلان . ويستند هذا الرأي الى أن كلمة « البطلان » وردت في نصوص التقنين المدني الفرنسي في صدد تطبيقات للدعوى البوليصة (١) ، والى تقاليد القانون الروماني ، والى تقاليد القانون الفرنسي القديم (٢) . وسرى أن الدائن لا يطل التصرف الصادر من مدينه ، بل أن هذا التصرف يبقى قائما ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى في حقه أثر هذا التصرف . وليس من الدقة أن يقال أن شخصا يعتبر من الغير في عقد

(١) انظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي . وانظر ايضا في التقنين المدني المصري السابق المادتين ٧٦/٥٣ و ٢٠٤/١٤٣ ، وفي التقنين التجاري المصري المادتين ٢٢٨ — ٢٢٩ .

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — لوران ١٦ فقرة ٨٣ — فقرة ٨٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ .

ثم يطلب إبطاله • لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين • أما
الغير فليس له أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه •

ورأي آخر يذهب إلى أن الدعوى البوليصية هي دعوى
تعويض (١) • ولو صح أن تصرف المدين كان ينفذ في حق الدائن ،
فيضره فيعطي تعويضا عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى
البوليصية للتعويض • ولكن الواقع غير ذلك ، فان تصرف المدين لا ينفذ
في حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض اذ لم يلحقه ضرر
بعد أن منع وقوعه (٢) • واذا صح أن يكون هذا تعويضا ، فهو
تعويض عيني (٣) • بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق
الدائن (٤) •

سبق أن قررنا كل ذلك في كتابنا « نظرية العقد » (٥) ، ونبينا إلى

- (١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٧ — أوبري ورو ٤ فقرة
٣١٣ ص ١٩٥ — أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصيلة سنة
١٩٠٦ ص ٨٥ — ص ١١٨ — ديموج ٧ فقرة ١١١٢ •
- (٢) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البوليصية ضد
خلف الخلف الذي تلقى الحق بعوض وكان حسن النية ، فتقتصر دعواه
على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا
الأخير • وهاتئنا الدعوى البوليصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها
ليست كذلك ، لأن المقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق
الذي كان ضمانا للدائن (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) •
- (٣) الأستاذ عبدالحى حجازى ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ •
- (٤) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البوليصية إلى نظرية التعسف في
استعمال الحق ، فالمدين يسئ استعمال حق التصرف في ماله اذا صدر
منه التصرف بقصد الاضرار بدائنه (جروبييه فقرة ٢ — جوسران ٢ فقرة
٦٨٧ — نفس المؤلف في روح الحقوق وتسببها ص ٤١) • ومنهم من
يسندها إلى اعتبارات ترجع إلى النزاهة والعدالة (ريبير في القواعد
الخلقية فقرة ١٦٩) • ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ،
أقرتها التقاليد وأعطتها مميزات الخاصة (كولان وكابيتان ومورانديير
٢ فقرة ٤٥٠) • ويقيها دي باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل
غير مشروع (دي باج فقرة ٢٥٢) • وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ،
ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته •
- (٥) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ •

التكليف الصحيح للدعوى البوليصة (١) ، وقد أصبح الفقه المصرى بعد ذلك لا يختلف فى هذا الأمر (٢) .

وإذا نفينا عن الدعوى البوليصة أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ما يذهب اليه رأى من أنها دعوى عينية (٣) ، أو رأى آخر من أنها دعوى مختلطة (٤) ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فان القول بأحد هذين الرأيين انما كان مبنيا على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعوى البطلان هى دعوى عينية لأنها ترجع العين الى ملك المدين ، أو هى دعوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البوليصة ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل لنقول بأنها عينية أو مختلطة . وانما هى دعوى شخصية (٥) ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا

(١) ويرى الاساتذة بلايول وريبير وردوان ان الدعوى البوليصة اقرب الى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها أن هذا البطلان لا يكون الا فى حق الدائنين (بلانيون وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأى أن البطلان الذى لا يكون الا فى حق الغير انما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم يرون أن الدعوى تنطوى أيضا على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ، ويستخلصون من هذا أن الدعوى البوليصة هى دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité a but indemnitaire) (بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — انظر أيضا جوسران ٢ مقرة ٧٠٤) . ويصرح الاستاذان بيدان ولاجارى أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (impossible) فى حق المدين (بيدان ولاجارى ٨ مقرة ٦٥٦) . وكذلك الاساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ مقرة ١٤٤٨) .

(٢) الأستاذ احمد أبو ستيت مقرة ٦٤٥ . الأستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ١٨٩ . الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

(٣) محكمة أمبان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ . سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ . سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ مقرة ٤٥ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البوليصة هى دعوى شخصية يرفعها دائن لابطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ =

الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين ألا يتصرف في ماله اضرارا بدائنيه ، وهذا التزام شخصي مصدره القانون • يضاف الى هذا أن الدائن في الدعوى البوليصية لا يطالب بحق عيني ، بل ولا تؤول دعواه الى انتقال حق عيني له أو لمدينة (١) ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين في حقه • ولا يترتب على اجابة طلبية أن العين التي تصرف فيها المدين ترجع الى ملكية هذا ، فان تصرف المدين يبقى قائما • كما أن العين لا تؤول الى ملكية الدائن ، بل ترجع الى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم باجراءات تنفيذية متميزة عن اجراءات الدعوى البوليصية لينفذ بها على العين التي رجعت الى ضمانه •

(ثانيا) ولما كانت الدعوى البوليصية هي دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعي أن يكون الدائن في هذه الدعوى هو كل شخص اشترك في هذا التصرف • ويرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، واذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره الى خلف ثان وجب ادخال هذا أيضا في الدعوى ، وهكذا (٢) • فالمدين اذن لابد أن يكون خصما في الدعوى ، وهذا هو

= للاضرار به وحرمانه من امكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه • وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب ابطال انتصرف فيه (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ من ١٧٥) • وقضت أيضا بأن الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها الا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه (نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١١٢ من ٦٧٤) •

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانفول وريبر وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) •

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب رفع الدعوى البوليصية في جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — والتون ٢ ص ١٢٠ دى باج ٣ فقرة =

أيضا ما قررناه في الدعوى غير المباشرة وفقا لأحكام التقنين المدني الجديد وخلافا لأحكام التقنين المدني السابق (١) ، وقد مر القول في ذلك .

(ثالثا) وما دام الدائن لا يطلب إلا عدم نفاذ التصرف في حقه ، فإنه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائما بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . بل أن الدائن نفسه يبقى متحملا أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضي أو بالتراضي .

ويستطيع الدائن إلا يرفع الدعوى البوليصة إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائيا أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها (٢) . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضي مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذا في حقه .

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البوليصة بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما ننتقل الآن إلى بحثه .

= ٢٤١ — ولخلف الخلف في التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (بنى سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ .

(٢) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمنا ، ولكن نية الدائن في التنازل يجب أن تكون واضحة ، فمجرد توقيعه حجزا على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن بالدعوى البوليصة في البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ — بوردري وبارد ١ فقرة ٧٢٥) .

المبحث الاول

أثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن

٦٠٠ — عدم مضي الدائن في الدعوى اذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البوليصية الا بصفته دائئا ، فاذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ، ثم فقدتها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلا ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ . هذا الى أنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهي بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لاعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين ، ومصلحته في هذا العمل هي أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه (١) . ثم يرجع

(١) استئناف اهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٩١ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا (فيجيه (Vigier)) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠ الى أن الدعوى البوليصية لا توقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضي في الدعوى والحكم به . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البوليصية هي دعوى بطلان . على أنه حتى اذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لا يمنع من أن الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصلة اللازمة في طلب الإبطال ، ولا تبقى له مصلحة في ذلك ، والدعوى لا تقوم بغير الصلة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . ويقس الاستاذان بودرى وبارد هذه الحالة على الغبن في القسمة اذ تسقط الدعوى برد الغبن نقدا أو عينا الى المتقاسم المغبون كما تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدنى فرنسى ، وعلى حالة الغبن في البيع اذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن الى تسعة =

بما وفاء على المدين ، شأن كل شخص وفي دين غيره (١) .

بل ان من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشتري مثلا ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البوليصة اذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بالألا يدفع الثمن الى المدين ويقوم بإيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (انظر المادة ٢٤١ مدنى وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البوليصة حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، مادام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فان الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من

= اعشار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدنى فرنسى . وقد اقتضى الامر نصا خاصا فى هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقدا لا عينيا فى الحالة الاولى ، وحتى تقتصر تكملة الثمن على تسعة اعشار القيمة فى الحالة الثانية — كذلك من يقول بان الدعوى البوليصة هى دعوى تعويض يقر سنقوطها اذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(١) ولما كان المفروض ان المدين معسر ، فان من وفى المدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، فينتظر يساره حتى يرجع بالبساقى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت فى ذمته للمدين مايوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا — هو المادة ٢٢٠ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الآتى : « ١ — اذا وفى المدين بالتزامه ، او أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر اضرارا بالدائنين ان يتخلص من الدعوى اذا هو قام بوفاء حقوقهم او اذا هو اثبت ان المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر أيضا فقرة ٥٨٩ فى الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢١ فى الهامش) . والنص يتضمن مسألتين : ١ — ماقدمناه من جواز وفاء المدين او خلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البوليصة . ٢ — حق خلف الدين فى طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . الا اننا ذكرنا هناك (انظر أيضا فقرة ٥٨٩ فى الهامش) ان الخلف لا يطلب منه ان يدل الدائن على مال للمدين يكفى الدين ، ولو بقى النص المحذوف لوجب عليه ان يدل على ذلك . انظر ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ .

ضمانه لم تعد له مصلحة في الاستمرار في الدعوى • ويكفى في جميع الاحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالايدياع ، وليس من الضروري أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعا (١) • ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، اذا هم علموا بايداع الثمن خزانة المحكمة أن يبادروا الى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون في ذلك الدائن الذي رفع الدعوى البوليصة مشاركة الغرماء كما سنرى (٢) •

١٠٦ — عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن : فاذا لم يستوف الدائن حقه ، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة اليه ، فلا يسرى في حقه أثر هذا التصرف ، اذ يعتبر فيه من الغير • ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه (٣) ،

(١) انظر تاريخ المادة ٢٤١ أنفاً مقرة ٩٨ في الهامش .
(٢) واذا كان محل التصرف مبلغاً من النقود مسلم الى المتصرف اليه ، أو ديناً أبرئ منه ، فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف في تنفيذهم على أموال المتصرف اليه للحصول على المبلغ المستحق عليه ، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصرف اليه ، اذ أن دائني المتصرف في هذه الحالة لا يطالبون بشيء معين بالذات ، وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف اليه وهي ضمان دائنيه ، الاستاذ اسماعيل غانم . المرجع السابق ص ١٨٦ •

(٣) فاذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عيني على مال للمدين — كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن — سقط هذا الحق بالنسبة الى الدائن ، ونفذ هذا على المال كان لم يترتب عليه حق مما ذكر • واذا كان التصرف اسقاط حق عيني — كالتنازل عن حق ارتفاق — رجع هذا الحق بالنسبة الى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها • واذا كان التصرف ابراء المدين لزمه مدين له ، لم ينفذ هذا الابراء في حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً في ذمة مدين المدين ، والدائن أن يحجز عليه حجزاً ما للمدين لدى الغير (بودري وبارد ١ مقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ — بلانيول وريبير وزدوان ١ مقرة ٩٦١) •

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع الى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما اذا كان التصرف بيعاً ، فاذا كان المشتري حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قدمنا • أما اذا كان سيئ النية ، =

ويتخذ في ذلك اجراءات تنفيذ متميزة عن اجراءات الدعوى البوليصية وان كانت تقترب بها (١) ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك ، ومن هذا

= فللدائن ان ينتزع العين من تحت يد المشتري لينفذ عليها بحقه . ولكن اذا كان للدائن ان يمنع عن نفسه الضرر الذي يصيبه من جراء تصرف المدين ، فانه لايجوز له ان يستفيد من هذا التصرف . فالثمن الذي قد يبقى ديناً في ذمة المشتري ، او الذي قد يكون المشتري دفعه وسدد به المدين ديونه ، قد استفاد منه الدائن ، اما على اعتبار انه زاد في حقوق مدينه اذا بقي ديناً في ذمة المشتري فيستطيع ان ينفذ عليه ، واما على اعتبار ان بعض ديون مدينه قد ونيت نقل اعسار المدين بذلك . فيجب ان ان تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشتري ان يتمسك بها قبل الدائن ، ولايجعله ينفذ على العين . المبعة الا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فاذا لم تعد على الدائن فائدة أصلاً ، بان كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البوليصية ، كان للدائن ان ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ ان عدم نفاذ التصرف بالنسبة الى الدائن انما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فاذا كان التصرف هبة نقود او قرضاً مثلاً ، فان الذي لا ينفذ من هذه الهبة او القرض بالنسبة الى الدائن هو الجزء الكافي للوفاء بحقه . اما ما عسى ان يبقى بعد ذلك فينفذ حتى في حق الدائن (استئناف اهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٧/١ ص ١٨٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — جروبييه فقرة ٢٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى تحققت الشرائط المقررة لبطلان التصرف تاسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدني القديم فان مؤدى ذلك ان تعود ملكية العين المتصرف فيها الى البائع ويكون من حق المشتري الذي لم يسجل عقده بوصفه دائناً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ ان يعود هذا المشتري الى بعث عقده الابتدائي ومطالبته بالحكم بصحته ونفاذه لان الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشتري الذي سجل عقده محملة بحق المشتري الذي لم يسجل بوصفه دائناً للبائع وليس للدائن في مقام التنفيذ بدينه ان يطالب بملكية العقار الذي يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى في ٢ يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

(١) قد يلاحظ ان هناك شبهاً بين الدائن الذي يرفع الدعوى البوليصية فيسترد عينا تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهناً — او كان له حق اختصاص او امتياز — على هذه العين ثم باعها المدين . فان الدائن الذي =

نرى أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، اذ يعتبر أنه

= رفع الدعوى البوليصية كالدائن المرتهن ، يستوفى حقه من العين المبعة ويتحمل المشتري للعين اجراءات الدعوى البوليصية كما يتحمل اجراءات دعوى الرهن " واذا وفى للدائن حقه سقط كل من الدعويين ويرجع في الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، واذا استمر الدائن فى دعواه — الدعوى البوليصية او دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فإن المشتري يرجع على المدين بالضمان في الحالتين . ويزيد هذا الشبه اذا رجعنا الى عهد التقنين المدنى السابق ، اذ كان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية " يستأثر بالفائدة وحده ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجوه الشبه هذه فان هناك فروقا جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية " نذكر منها ما يأتى :

(أولا) اذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين " فهو فى الواقع انها يتتبع العين فى يد هذا الخلف الذى يعتبر مالكا للعين حتى فى يد الخلف " اذ ليس له حق عيني يخول له ذلك ، فهو مضطر أولا " قبل التنفيذ على العين " ان يطلب عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه " فتعود العين الى ضمانه " وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة اليه تعتبر مملوكة للمدين . وقد رأينا انها بالنسبة الى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين .

(ثانيا) وينبئ على الفرق المتقدم انه فى حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ الى تطهير العين " فان العقار المرهون ملكه وله أن يظهره . اما فى الدعوى البوليصية ، فان خلف المدين لا يستطيع التطهير " لان العقار غير مرهون وهو معتبر فى ملك المدين بالنسبة الى الدائن " وليس امام الخلف الا أن يوفى الدائن حقه او يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا .

(ثالثا) فى حالة الدائن المرتهن ، اذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى النحل . اما فى الدعوى البوليصية ، فالخلف لا يرجع على المدين بعد أن وفى دينه " الا بدعوى الاثراء بلا سبب او بدعوى ضمان العقد الذى تم بينه وبين المدين .

(رابعا) ان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية لا يستوفى حقه من العين التى تصرف فيها المدين اذا كان هذا التصرف معاوضة ولزم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف فى المعاوضات كذلك . اما الدائن المرتهن فانه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه فى يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعا حسنى النية وكان التصرف معاوضة .

(خامسا) ان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية فى عهد التقنين المدنى الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى " بل يشاركه فى هذه الفائدة — بالنسبة الى الدائن المرتهن . اما الدائن فى الدعوى البوليصية فلا يتتبع العين

لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا (١) .
على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على انحق منقوصا ، كما

= سائر الدائنين ، أما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى في عهد التقنين المدني السابق — حيث كان الدائن الذي يرفع الدعوى البوليصة يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركوه في فائدتها . أما الدائن المرتهن فإنه يبقى متمتعاً بميزة التقدم مهما بدأ من نشاط الدائنين الآخرين ، هــ حقاً إلى أنه لو تراحم الدائن المرتهن مع الدائن الذي رفع الدعوى البوليصة فإن الأول هو الذي يتقدم .

(انظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذي صدر من المدين ينعقد أثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى الدائن وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التي أنبتت على تصرف المدين تزول أيضاً بفضل الأثر الرجعي . ولكن قواعد الدعوى البوليصة تقضي كما رأينا بوجوب إثبات الغش في جانب من تلقى العين معاوضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثاني الذي أنبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، إذا لم يستطع إثبات الغش في جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشتري من المدين .

ولقد رأينا أن الأثر الرجعي للدعوى البوليصة يظهر أثره قبلما لو باع المدين عقاراً للمشتري وقصد الأضرار بالدائن ، ثم أخذ الشفيع ضماناً للثقة هذا العقد بالشفعة ، فإن للعقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعي ، لأن الشفيع لا يعتبر مشترياً من المشتري حتى يشترط فيه سوء النية ، بل هو يحل محل المشتري بحالته ، فإذا كان المشتري قد اشترى في ظروف من شأنها أن تجعله خاضعاً للدعوى البوليصة ، وجب اعتبار الشفيع في نفس الحالة ولو لم يثبت الغش في جانبه (انظر آنفاً مقبرة ٥٩٣ في الهامش — نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) . ومقتضى عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين أن تمتنع عليهم الاستفادة من ذلك التصرف فإذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه في حق الدائنين فلا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه ، وإذا كان التصرف بيعاً ولم يدفع المشتري الثمن بعد فلا يجوز للدائنين مطالبته به . وإذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المباعة بوصفها لا زالت في ملك البائع ، أن يقتطع من الثمن الذي يرسو به المزايد مبلغ يعادل ما استفاده الدائنون ، ويكون هذا المبلغ من حق المشتري لا يجوز للدائنين استيقاء حقوقهم منه . الاستفاد انساهيل غاتم ، المرجع السابق ص ١٨٧ .

(م ٨٧ — الوسيط د ٢)

إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة (١) . وقد يضطر الى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذي تصرف فيه المدين ، كما اذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فان الدائن في هذه الحالة لا ينفذ الا على الثمن المستحق في ذمة المشتري التالى للمشتري الاول . وهذا اذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما اذا كان أقل فإن الدائن يرجع بقيمة العين على المشتري الاول سىء النية (٢) . واذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلاً من المشتري الاول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتري حسن النية ، فان الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية الا بقدر ما استفاد ، فان كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة (٣) .

٦٠٢ — استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضراراً بهم : القاعدة في القانون الفرنسى — وكانت القاعدة كذلك أيضاً في التقنين المدنى المصرى السابق — ان الدائن الذى يرفع الدعوى البوليصية هو الذى يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه فى الدعوى (٤) . ويعمل الفقهاء فى فرنسا ذلك عادة بنسبية

-
- (١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٢ — ٢١٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ٧٤٣ .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ .
 (٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ فى الهامش — استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الإشارة اليه فى هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .
 (٤) استئناف اهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ ابريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ٨٢١ .

الحكم ، فما دام الدائنون الآخرون لم يدخلوا في الدعوى فلا يستفيدون من الحكم (١) . ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها . ويضيف بعض الفقهاء الى نسبية الحكم أن الدائن في الدعوى البوليصية يرفع الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها في الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحده في الاولى ، ويستفيد معه سائر الدائنين في الثانية (٢) . ولكن يرد على ذلك أن الدائن في دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى . ويقول الاستاذان بودري وبارد (٣) ان الدائن في الدعوى البوليصية لا يمثل الا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى . ولكن هذه علة غير مقنعة ، فان الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضا المضي في الدعوى اذا استوفى حقه .

ولذلك ذهب رأى الى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البوليصية حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً التصرف المطعون فيه (٤) . وهناك رأى أكثر اعتدالاً يذهب الى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البوليصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى (٥) .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ — دي باج ٣ فقرة ٢٤٥ (في القانون البلجيكي) .
 (٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥ .
 (٣) جزء أول فقرة ٧١٨ ص ٧٤ .
 (٤) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ — فقرة ٤٩٠ — ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ — كولييه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ — دي هلتس ١٠ في الدعوى البوليصية فقرة ٥٩ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٠ .
 (٥) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢ . وقد قضت محكمة النقض بأنه =

وبهذا الرأي الأخير أخذ التقنين المدني المصري ، اذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استناد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم » . فاذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البوليصية هذه الدعوى ، جاز لأي دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . واذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذي رفع الدعوى في دعواه ، فإن الحق الذي تصرف فيه المدين يعود الى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البوليصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه (١) . فاذا عمد الدائن الذي حصل على الحكم الى اتخاذ إجراءات تنفيذية

= اذا كان طلب عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) منصبا على التصرف بأكمله «قرضاً» ورهنًا باعتبارهما تصرفاً اجراء المدين اضرارا بالدائنين واجابت المحكمة الدائن الى طلبه فان قضاءها في هذا الخصوص — فضلاً عما يترتب عليه من ادخال الحق المتصرف فيه في الضمان العام للدائنين — من شأنه اخراج الدائن الذي توأما مع المدين اضرارا بباقي الدائنين من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم في حصيلة الحق المتصرف فيه عند التنفيذ عليه وليس له ان يقتضى ماله من دين في ذمة مدينه الا مما عسى ان يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ . (نقض مدني في ١٠ من يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١١٥ ص ٧٢٤) .

(١) ولقد عدل المشرع في التقنين المدني الجديد عن التفرقة التي كان معمولاً بها في ظل التقنين المدني القديم بين من اشترك من الدائنين في الدعوى البوليصية ومن لم يشترك منهم ، فاذا تقرر عدم نفاذ التصرف استناد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضرارا بهم ، وذلك تحقيقاً لفكرة المساواة بين الدائنين في الانتفاع بالضمان العام الذي ترمي الدعوى البوليصية الى المحافظة عليه : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٨٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحقوق عينية ، يؤول بمقتضاها الحق العيني اليه أو الى مدينة ، بل انها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين ، وانما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين : نقض مدني في ١٣ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

على الحق الذى عاد الى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ،
كان لكن دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة الى هذا الحق
أن يتدخل فى اجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الاول مشاركة الغرماء
بل قد يتقدم عليه اذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم . وبذلك
تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه
بادر الى رفع الدعوى البوليصية قبله ، بل لا يكون التقدم الا لسبب
يوجبه قانونا (١) .

هذه القاعدة التى استحدثتها التقنين الجديد كانت محل جدل
شديد فى لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل فى هذه اللجنة أن استئثار
الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية بفائدتها فيه تشجيع له على
مباشرتها ، والا لم ينشط دائن بالذات الى رفعها اذا وجد ان الدائنين
الذين لم يشتركوا معه فى رفعها يشتركون مع ذلك فى فائدتها . وقيل
أيضا ان نسبية الاحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين
لم يتدخلوا فى الدعوى البوليصية فى فائدتها ، كما أنه لا يمكن القول بأن
الدائن الذى رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين فى رفعها . وقيل
كذلك أن الدعوى البوليصية إنما هى دعوى بعدم تنفيذ التصرف
بابطاله ؛ ولذا كان البطلان لا يتجزأ فان عدم التنفيذ قابل للتجزئة
فيكون التصرف غير نافذ فى حق أحد الدائنين دون الباقي . ولكن
اللجنة لم تر الاخذ بهذا الرأي ، وأصرت على ضرورة المساواة بين
الدائنين ، فما دام الحق قد دخل فى ضمانهم العام فلا محل لتقديم
أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ،
وقد لا يعلم باقى الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم فى الدعوى
البوليصية ، فيكون فى هذا التقديم اخلافاً بالمساواة بينهم لا يتفق مع
الاتجاه العام الذى توخاه التقنين الجديد عندما نظم الاعسار وضيق

(١) قارن نظرية العتد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ . ص ٨٢١ .

من حق الاختصاص (١) .

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المتقدمة الذكر ، ما يأتي : « اقترح حذف المادة ٢٤٠ . . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت ابقاء النص لانه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها في ظل نصوص التقنين الحالي (السابق) . وقد صدرت اللجنة في رأيها عن اعتبار جوهرى ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين في موقفهم من الضمان العام لديونهم ، وهو أموال المدين ماطية ، لا تتحقق اذا جعلت الاسبقية في اتخاذ الاجراء أساساً للافضلية والاسـتـثـنـاء . فالنص الذى يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وانما هو يستند الى ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغي أن تحول دون ذلك نسبية الاحكام ، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك . وهذا هو المسلك الذى انتهجه كثير من التشريعات الاجنبية وتابعة المشروع ، ولا سيما أنه يتفق في اتجاهاته العامة في تنظيم الاعسار والتضييق من حق الاختصاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعانت الدعوى البوليصية بذلك بعضاً من صيغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت في القانون الرومانى دعوى جماعية يرفعها مثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « على أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق في استحداث هذا الحكم ، فقد قضى التقنين البرتغالى في المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البوليصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه الى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلى أيضاً على أن الفائدة التى تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل في نطاق ما يقتسم بين الدائنين قسمة غرماء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) . — انظر أيضاً المذكرة الايضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البوليصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لا فردية ، والصحيح أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعمود على جميع الدائنين ممن استوفوا شروطها) .

هذا واذا صدر الحكم في الدعوى البوليصية لمصلحة الدائن الذى رفعها استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الاثراء بلا سبب (انظر الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٦٦ ص ٩١) . أما اذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البوليصية باسمه هو ، فاذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذى كان قد رفع الدعوى =

٦٠٣ — رجوع الدائن بالتعويض : وللدائن ، اذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذى صدر من المدين ، أن يطالب ، الى جانب عدم نفاذ التصرف فى حقه على النحو الذى بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقا للقواعد العامة . فاذا أثبت المقرض مثلاً أن المقرض ، اذ يادر الى التصرف فى حقه ، قد حرمة من التنفيذ فى الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز فى هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه فى هذا الضرر . ويتضمن فى الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه اذا كان سىء النية ، ومن تصرف له المدين اذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الاخير اذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم اذا لم يكن هناك سوء نية ، كما فى التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك فى غير الفوائد فقد رأينا أنه لايجوز الحكم بفوائد تكميلية الا فى حالة سوء النية . ونحن فى كل ذلك انما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاصة بالدعوى البوليصية (١) .

ويتطلب على تطبيق هذه القواعد العامة أيضا أن العين اذا هلك

= أولا ولم ينجح اذا هو اثبت أنه مستوف للشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد ليس لها اثر رجعى . فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن احكام التقنين المدنى السابق هى التى تطبق ، والا فاحكام التقنين المدنى الجديد .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الامر مقصورا على تطبيق قواعد الدعوى البوليصية ، فيقتضى بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك فى فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسنى النية ولا تقصير فى جانبهم ، وهذا ممكن فى القانون المصرى اذا كان التصرف الذى صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضا من سلف الى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١) .

في يد المشتري أو الموهوب له سوء النية ، كان كل من هذين مسئولاً عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لسم تكن تملك لو بقيت في يد المدين • أما إذا هلك في يد الموهوب له حسن النية، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلك العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيذ عليها • وكالهلاك التلف الكلي أو الجزئي •

كذلك يرد المشتري أو الموهوب له سوء النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها • أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يملكها بالقبض (١) • وإذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية ، طبقت الاحكام الخاصة بذلك (٢) •

المبحث الثاني

أثر الدعوى البوليصة بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ — حكم التصرف المطعون فيه : قدمنا أن الدعوى البوليصة ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وانما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين • أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، الا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين • ويترتب على ذلك :

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٥٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — دي هلتس ١ في الدعوى البوليصة فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ — والتون ٢ ص ١١٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذي يطالب بالثمار التي قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذي لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤) •

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ — بودري وبارد فقرة ٧٢٣ — دي هلتس ١ في الدعوى البوليصة فقرة ٦٣ — فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالحبس لاسترداد المصروفات — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢ •

(أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائما فيما بين المتعاقدين ،
بل يبقى منصرفا أثره الى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف
خاص .

(ثانيا) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف في
حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة (١) .

٦٠٥ — بقاء التصرف المطعون فيه قائما : يبقى التصرف قائما
نافذ الأثر بين الطرفين (٢) .

فإذا كان التصرف بيعا مثلا ، بقي الشيء المبيع ملكا للمشتري ،
وبقي المشتري ملتزما بدفع الثمن ، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات
في جانب كل من المتعاقدين (٣) . فإذا نفذ الدائن على العين المبيعة
واستوفى حقه منها ، فإن الباقي من ثمن العين يعد بيعها في المزاد يكون
ملكاً للمشتري لا للبائع ، وهذا بالرغم من أن المشتري سئء النية
متواطئ مع البائع (٤) . كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفع ،

(١) نظرية العقد للمؤلف بقرة ٧٤٩ .
(٢) لوران ١٦ بقرة ٤٩٤ — أوبري ورو ٤ بقرة ٣١٣ هامش رقم
٣٨ — بودري وبارد ١ بقرة ٧١٠ — بلانبول وريير وردوان ٧ بقرة ٩٦٤ —
استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٢٦ فبراير سنة
١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ — انظر أيضا المذكرة الايضاحية للمشروع
التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .
(٣) استئناف اهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص
٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠
المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها —
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — الا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر
من المدين اضرارا بدائنه ، ولايمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر
من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقيه منتجا كافة آثاره
القانونية بينهما : نقض مدنى في ١٣ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض
السنة ٢٣ رقم ١٧٤ ص ١١٠٥ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها الى الشفيع (١) .

وإذا كان التصرف وقفا خيرا مثلا ، صدر اضرازا بالدائنين ، بقيت العين موقوفه بعد أن يستوفى منها الدائن حقه . فإذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقي من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقي من الثمن وقفا ، واستريت به عين أخرى تحل محل الاولى عن طريق الاستبدال دون حاجة الى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير (٢) .

وكما يبقى التصرف قائما فيما بين الطرفين ، فان أثره ينصرف أيضا الى من يمثله هذان أطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورتهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشتري . وإذا كان تصرف المدين في العين بالبيع ، فان دعوى الضمان التي نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين الى المشتري من المشتري ، بالرغم من أنه سىء النية ، بإعتباره خلفا خاصا للمشتري .

أما بالنسبة الى دائنى المدين — غير الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حقهم اذا استوفوا شروط الدعوى البوليصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية وفقا لاحكام التقنين المدنى الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعا أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء

(١) نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ — ص ٨٢٥ .
(٢) استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — محكمة مصر المخططة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ — منفلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

على النحو الذي قدمناه • ولكن دائن من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف في حقهم نفاذه في حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفي الدائن الذي رفع الدعوى البوليصة ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع على المدين الذي تصرف له (١) •

٦٠٦ — تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق الدائن وتطبيق القواعد العامة : على أنه لا يمكن تفادي تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى • فلو فرضنا التصرف بيعا ، فإن من حق المشتري أن تخلص له ملكية العين المباعة طبقا لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية الا بعد أن يستوفي الدائن حقه من العين طبقا لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن • فلا يبقى اذن الا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين •

وتطبيق هذه القواعد يؤدي الى أن الدائن يستوفي حقه من العين المباعة لأن البيع غير نافذ في حقه • ثم لما كان البيع لا يزال قائما فيما بين المشتري والمدين الذي باع له العين ، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق (٢) • وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٦١ — انظر عكس ذلك : بلانيول في مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤١٢ — وقد قدمنا ان العين المباعة اذا تحولت الى مجرد دين في ذمة المشتري — كما اذا باع المشتري العين لمشتري آخر حسن النية — فإن الدائن الذي رفع الدعوى البوليصة يتحمل مزاحمة دائن المشتري في الرجوع على المشتري • وسنرى في الصورة أن دائن المشتري الصوري يتقدم على دائن البائع ، خلافا لما نقرره هنا في الدعوى البوليصة •

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٦٤ — واذا كان التصرف تبرعا ، لم يرجع المرهون له على المدين بضمان الاستحقاق الا اذا اشترط ذلك في عقد الهبة ، تطبيقا للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة =

على الفسخ أن يتحلل المشتري من جميع التزاماته التي نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب في ذلك يسار المدين ، ويرد الى المدين ما بقى من العين في يده بعد تنفيذ الدائن (١) .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الاثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفي ديننا عن الغير .

ويتبين مما تقدم أن المشتري له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الاثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فاذا كان البائع هو المدين ، فالمشتري بالخيار في الرجوع عليه باحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما اذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر. وهذا ياعها للمشتري ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الاثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشتري أن يختار احدى الدعويين (٢) .

= ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١ . وكذلك الحكم اذا كان التبرع هبة مستترة او هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصي او حق عيني (بودري وبارد ١ مقرة ٧١٣) .

(١) نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧٥١ ص ٧٢٦ هامش رقم ٢ .
(٢) جروبييه مقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ١٦٤ — نظرية العقد للمؤلف مقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ وهامش رقم ٣ — واذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه أن يزيد في التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فان عدم نفاذ عقد القرض في حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، اذ القرض نافذ في حق هذا الدائن . وهنا يجب التمييز بين قرضين : ١- فاذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائئا بموجب تصرف قانوني متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذي عقد بعد اعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق . فلو أن شخصا لا يملك الا عينا قيمتها الف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض =

٦٠٧ — مقارنة بين الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة :

تتفق الدعويان في أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الاضرار بدائنه أو يهمل اهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلا بد من ادخال المدين خصما في كل من الدعويين . وتتفقان كذلك في أن الاجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف اجراءات الافلاس التجارى، وفي أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذى رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتتفرق الدعويان في أن الذى يعالجه الدائن في الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبى من المدين وهو امتناعه عن استعماله حقوقه عمدا أو اهمالا ، وما يعالجه في الدعوى البوليصية هو عمل ايجابى من المدين وهو تصرفه في حقوقه اضرارا بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الايجابى أشد نشاطا من الحماية ضد العمل السلبى (١) . فالدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة الى التصرف الذى يطعن فيه . أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائبا عن المدين في الحق

بعد ذلك مائة من دائن ثان ، ثم مائة من دائن ثالث ، فان القرض الاول الذى كان سببا في اعساره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثانى لا ينفذ لنفس السبب . فاذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ الى الف ومائة ، فان الدائن الاول يتقدم على الدائنين الثانى والثالث ، فيستوفى الف كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثانى والثالث في المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . ٢ — اما اذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائنا بموجب عمل مادى — كعمل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بالف ثم من اقترضه المائة ثم المضرور في العمل غير المشروع ، فان الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطا ما بين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويتزاحم اللاحق ، وفي الوقت ذاته يتزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجزين ، كما أشار الى ذلك الاستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) .

(١) انظر آتفا فقرة ٥٦٧ .

الذى يستعمله باسمه (١) .
أما من حيث الاحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين
الدعويين ، نذكر منها :

١ — في الدعوى البوليصية يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق
الإداء ، ويكفى في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق
الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

٢ — في الدعوى البوليصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقا
على التصرف المطعون فيه ، ولا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن
يكون حق الدائن سابقا على ثبوت حق المدين الذى يستعمله الدائن .

٣ — في الدعوى البوليصية التصرف الذى يطعن فيه الدائن لابد أن
يكون تصرفا قانونيا (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة
تقدم ذكرها ، أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق
الذى يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفا قانونيا أو واقعة مادية .

٤ — في الدعوى البوليصية لابد أن يكون المدين — فيما عدا
التبرعات في القانون المصرى — سيىء النية يريد بتصرفه الاضرار
بحقوق دائنيه ، بل أن سوء نية المدين وحده لا يكفى اذا كان التصرف
المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب في هذه الحالة اثبات سوء نية الخلف
وخلف الخلف . أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيىء النية
وقد يكون مهملًا في استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن في المدين
سوء النية .

٥ — أثر الدعوى البوليصية واحد دائما هو اعتبار الدائن من الغير
في التصرف المطعون فيه . ذلك أنه لا توجد الا دعوى بوليصية واحدة

(١) وقد قلنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعويين
البوليصية والدعوى غير المباشرة ، اذا اخفق في احدهما لجأ الى الاخرى .
ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في اجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفان
(انظر آتيا فقرة ٥٦٧ — وانظر نظرية العقد للمؤلف بـقرة ٧٦١) .

يرفعها الدائن باسمه ، وهي دائما دعوى شخصية • أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهي تارة تكون شخصية وطورا تكون عينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن (١) •

الفصل الثالث

دعوى الصورية *

(Action en simulation)

٦٠٨ — مسائل ثلاث : نحدد أولا ما هي الصورية ، ثم نبين أحكامها ، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البوليصة والدعوى غير المباشرة .

الفرع الأول

تحديد الصورية

٦٠٩ — معنى الصورية وأنواعها : يلجأ المتعاقدان عادة الى الصورية عندما يريدان اخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد : ١ — العقد الظاهر (acte apparent) ، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif) ٢ — والعقد المستتر (acte secret).

* مراجع : بارتان (Bartın) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ — فوركاد (Fourcade) رسالة من نانسي سنة ١٨٨٧ — جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ — كازال (Cazal) رسالة من مونبيليه سنة ١٨٩٧ — ليريور بيجونيير (Lerebours pigeoniére) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ — ديكار (Descart) رسالة من بورجو سنة ١٩٠٧ — دافيد (David) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢١ — بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) — مقال للأستاذ بلانبول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها . مقال للأستاذ Bredin في المجلة الفصلية للقانون المدني Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte stimulé, R. T. 1956, 261.

مقال للأستاذ صليب سامي في مجلة المحاماة السنة الثانية — بحث في التصرف القانوني للأستاذ أحمد رفعت خفاجي المحاماة السنة ٢٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .

وهو العقد الحقيقي (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre).

والصورية قسمان : صورية مطلقة (simulation absolue) وصورية نسبية (simulation relative) (١) • والصورية النسبية اما أن تكون بطريق التستر (par voie de déguisement) • واما أن تكون بطريق المضاد (par voie de contre-lettre) ، واما أن تكون بطريق التسخير (par voie l'interposition de personnes).

٦١٠ — الصورية المطابقة : وهي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد ان ظاهر انما هو عقد صوري لا وجود له • مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً الى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتتان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو « ورقة الضد » • وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البوليصية ، ففي كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحاً للدائنين يحاربون به غش المدين •

على أنه قد يكون الصورية المطلقة أغراض أخرى غير الأضرار بحقوق الدائن • فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً النصاب المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، (كمركز العضوية في مجلس نيابى أو مركز العمدية أو نحو ذلك) ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به في مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانخراط في

(١) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام مقرة ١٢٣ • (م ٨٨ — الوسيط ج ٢)

جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسار .

ويتبين من هذا — ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التى ستأتى — أن الصورية أوسع نطاقا من الدعوى البوليصية .

١٦١ — الصورية بطريق المستتر : وتتناول نوع العقد لا وجوده (١) ، وذلك كهبة فى صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صورى ، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقى . ويكون الغرض من الصورية عادة فى مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة فى ثوبها الحقيقى (٢) . وقد يكون الغرض مستتر السبب الحقيقى للتصرف ، كان يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو فى الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لآخر ورثته عقد بيع وهو فى الحقيقة وصية .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الصورية المطلقة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين : نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٦٠ ص ١٣٣٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود اثباتا ونفيا — بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال فى حكمها — أن الطاعن فى العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تملك قطعى منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتبار بيعه حقيقيا أو بيعا يستر هبة ، وأنه حتى مسع التسليم أن ثمننا لم يدفع فإنه لا مانع قانونا من إفراغ الهبة المنجزة فى صورية عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ — انظر أيضا : نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

٦١٢ — الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركنا أو شرطا فيه • مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توقيا من الاخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته •

٦١٣ — الصورية بطريق التسخير : ونتناول شخصا أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له • فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (١) •

وقد أورد التقنين المدني صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير : نذكر منها :

١ — ما نصت عليه المادة ٧١ : مدنى من أنه « لايجوز للقضاة

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالاسم المستعار (prête-nom) ففي الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر يتواطأ معه على تسخيره لصلحة شخص ثالث يكون هو ايضا عالما بهذا التسخير . اما في التعاقد بطريق التسخير فان المسخر (prête-nom) يتعاقد مع شخص يغلب الا يكون عالما بالتسخير . والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى . الاول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر في تصرف يعيناه في عقد الوكالة . والثاني يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف اليه اثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة اخرى ينقل له فيه اثر هذا التصرف الذى سبق ان عقده لحسابه مع الغير (انظر بلاتويل وريبير واسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) •

ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، والا كان البيع باطلا » .

٢ — ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى من أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، والا كان العقد باطلا » .

٣ — ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى من أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، مانىط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى » .

٤ — ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى من أنه « لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار (١) » .

٦١٤ — شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق الا اذا توافرت الشروط الآتية :

١ — أن يوجد عقدان — أو موقفان — اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

٢ — أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون باخفاء حقيقة العقد في شكل عقد آخر ، أو باخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار . . كما تكون باظهار وجود عقد لا حقيقة له في الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٣ ص ٢١٦) .

- ٣ — أن يكونا متعاصرين ، فيصدران معا في وقت واحد (١) .
 ٤ — أن يكون أحدهما ظاهرا علنيا وهو العقد الصوري ، ويكون الآخر مستترا سريا وهو العقد الحقيقي (٢) .

٦١٥ — تمييز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :
 ١ — ان الصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين (٣) . أما التدليس فعمل يقوم به

(١) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكنى المعاصرة الذهنية ، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عيها نيتهم في وقت صدور التصرف الظاهر وان صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وأن صدر في يوم نال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الآخر ، وأن وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مكنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت أيضا بأنه يكفي في اعتبار الاقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد ، وان اختلف تاريخهما (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

(٢) بنى سويف الكلية ٣ يونيو سنة ١٩٢٥ المحامة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ — كثر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحامة ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ — أما الباعث على الصورية فليس ركنا فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركنا من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذي أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(٣) وقد لا يكونان سييء النية . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لا يستلزم اثبات سوء نية الطرفين فيه ؛ ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعيينه به (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣) . وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أعطى البائع « ورقة ضد » بتوقيع مزور ، تدليساً منه على البائع =

أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر (١) .
وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم
بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر . فلا يجوز اذن الطعن في العقد
الرسمى أو العرفى بالتزوير بسبب صوريته (٢) .

٢ — تختلف الصورية أيضا عن التحفظ الذهني (réserve mentale)
في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه
يستقل أحد الطرفين — دون أن يتفق في ذلك مع الآخر — بإظهار ارادة
وابطال ارادة أخرى تختلف عن الأولى ، فارادته الظاهرة غير جدية اذ
تحفظ ذهنيا بارادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من
الصورية في الارادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين
المتعاقدين .

٣ — ولا صورية في عقد جدى تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما
بعد ذلك أن يدخل فيه تعديلا . فاذا اتفق الطرفان على عقد ايجار
مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فحفظاها ، لم يكن هناك عقد
صورى وعقد حقيقى ، بأن هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل
الاول . وقد تقدم القول ان الصورية لا تتحقق الا اذا كان العقدان
متعاصرين (٣) .

٤ — ولا صورية كذلك في عقد جدى يتم بين المتعاقدين ، حتى
لو لم يكن ذلك العقد الا وسيلة للوصول الى غرض آخر ليس هو

= (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩) .
كاريوتيه القانون المدنى ، الجزء الثانى فقرة ١٢٢ .

(١) استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .
(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ — ديموج
١ ص ١٦٠ — والتون ٢ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — ويجوز اثبات صورية عقد
رسمى دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لا يدعى تزوير العقد ذاته ،
بل يقتصر على الادعاء بأنه عقد غير جدى (نقض فرنسى ٤ يولييه سنة ١٩٢٢
سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٢٨٦ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٢) .
(٣) ديموج ١ ص ٢٦٣ — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة

الغرض المباشر من العقد • فإذا تصرف المدين في ماله تصرفا جديا حتى يضيع على دائئنه فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدى لا صورى ، ويطعن فيه بالدعوى البوليصة لا بدعوى الصورية (١) • وقد يحمل الزوج أحد أقاربه — كأحد والديه — على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التى يحكم بها للزوجة ، ففى هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هى دعوى حقيقية • وفى فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنيا حقيقيا يقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهى فى مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعا ممنوعا عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى لو لم يتزوجها (٢) •

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ — الأستاذ أحمد نشأت فى الاثبات ١ مقرة ٢٤٤ مكررة — الأستاذ اسماعيل غائم فى أحكام الالتزام مقرة ١٢٤ •

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن اثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية إعادة المال الى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخبرة ، فيحاول اثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى الاخرى : نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٧ ص ٢٢٨ — كما قضت بأنه وإن كان الطعن بالدعوى البوليصة يتضمن من الاقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن انكار التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من ابداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه : نقض مدنى فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ١٢٧ ص ٧٧٣ •

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ — بلانويول وريبير واسسمان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن طلبات الطاعنين الختامية أمام محكمة أول درجة قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب ابطال حكم مرسى المزداد الصادر =

٥ — ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, élation d'ami) لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبقى سرا بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية اذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذا في حق الغير الا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو اعلان ، اذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سرية فلا تتوافر شروط الصورية (٢) .

٦١٦ — منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية في العقود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد (٣) ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها الى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولايتصور الاتفاق الا من شخصين يتعاملان معاً . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو انتهاء علاقة قانونية قائمة (٤) ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون

= لصالح المطعون ضدها الاولى تأسيسا على المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، وكان الطاعنون قد اضافوا الى ذلك طلبا آخر هو الحكم لهم بصحة ونفاذ عقد مورثهم الابتدائي ، فان اضافة مثل هذا الطلب ليس من شأنها ان تهدر الطلب الاصيل في الدعوى وهو عدم نفاذ حكم مرسى المزاى في حقهم عملا بأحكام الدعوى البوليصية ولا تأثير لها عليه ، واذا كيفت المحكمة دعوى الطاعنين بأنها مفاضلة بين حكم مرسى المزاى وعقد البيع الابتدائي لمجرد هذه الاضافة ولما بين الطلبين من تفاوت في الاثر القانوني لكل منهما ، دون ان تعرض لبحث طلب عدم نفاذ حكم مرسى المزاى استقلالا ، تكون قد خالفت القانون واخطأت في تطبيقه : نقض مدني في ٣ مارس سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ١١٠ ص ٥٤١ .

(١) انظر في تكيف العلاقة ما بين المشتري الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشتري المستتر بأنها وكالة اذا عمل المشتري الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة اذا لم يختار او اختار بعد الميعاد : نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية في عقد يمكن تصحيحه من دليل داخل في العقد ذاته (in'insèque) لا من دليل خارج عن العقد

(intrinsèque) (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٣) قارن دي باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

(٤) الاستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢١٢ .

هذا التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصوري (١) .

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضا أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه (٢) .

الفرع الثاني أحكام الصورية

٦١٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) إنها إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجهة إلى الجمهور ، فإن الصورية لا يتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافًا بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريبًا من التحفظ الذهني (نيموج ١ مقرة ١٦٤ ص ٢٦٧) .

(٢) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ مقرة ٢٥١ — انظر في عدم جواز الصورية في الزواج والاقرار بالبنوة وجوازها في الشركات : بيدان ولا جارد ١ مقرة ٩٧٥ — مقرة ٩٧٦ — وقارن دي باج مقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الصورية كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت إلى ايقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليها الأول ، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي اقتصرت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا عمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو اهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد : نقض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٤٧ ص ٢١٨ .

« ١ — اذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » .

« ٢ — واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، ففطن التقنين الجديد القضاء المصرى فى ذلك (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى على نحو يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقا لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٨) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ — اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقى هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الاولى ، واكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ وص ٦٤٦ — ص ٦٤٧) .

(٢) على أن التقنين المدنى السابق اشتمل على نص خاص بالهبة =

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٩ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ — ٢٤٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ — ١٦١ ، وفي التقنين المدني الكويتي م ١٩٩ — ٢٠٠ (١) .

= المستقرة في صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٧٠/٤٨ من هذا التقنين على ان « تنتقل الملكية في الاموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . انما اذا كان العقد المشتل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمي ، والا كانت الهبة لافية » . وقد تضمنت الفقرة الاولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم على الوجه الآتي : « تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطله ، ما لم تتم تحت ستر عقد آخر » . انظر في اقتضاب التقنين المدني السابق في موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري : م ٢٤٥ — ٢٤٦ . (مطابقان لنصوص التقنين المصري) التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٨ (مطابقان لنص المشروع التمهيدى ، ولأحكام التقنين المصري) . م ١٤٩ : لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العتار بعد تسجيلها في دائرة الطابو . (والسبب في ذلك ان نظام التسجيل العراقي هو نظام السجل العقاري (Livre foncier) ، وجهة التسجيل هناك تسمى الطابو عن اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العيني بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن في العقد بالصورية) . التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ — ٢٤٨ (مطابقان لنصوص التقنين المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ : ان الأوراق السرية التي يراد بها تعديل سند رسمي أو سند ذي توقيع خاص لا يسرى مفعولها الا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : ان دائني المتعاقدين وخلفاءهم الخصوصيين الذين انشئء السند الظاهري احتيالا للاضرار بهم ، يحق لهم ان يقيموا دعوى اعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الاثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هي عليه في التقنين المصري ، وان اختلفت العبارة : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ — ص ٧١)

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة الى الغير أى الدائنين والخلف الخاص . فنبحث : ١ — أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام ٢ — أحكام الصورية بالنسبة الى الغير ٣ — الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

المبحث الاول

أحكام الصورية بالنسبة الى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ — العقد الظاهر لا وجود له : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين المصرى تقضى بأنه « اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الارادة ، ذلك أن المتعاقدين انما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه (١) .

= التقنين المدنى الكويتى م ١٩٩ : اذا أبرم عقد صورى كانت العبرة بالحقيقة ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهم العقد المستتر ، اذا توافرت له أركانه دون العقد الظاهر .

م ٢٠٠ : ١ — اذا أبرم عقد صورى ، كان لدائنى كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لاى منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل ويتمسكوا بالعقد المستتر ، كما ان لهم أن يتمسكوا بالعقد الصورى اذا كانوا لايعلمون بالصورية . ٢ — واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، بأن تمسك البعض بالعقد الصورى ، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الافضلية للأولين .

(وان أحكام الواردة بهذين النصين لا تختلف فى مضمونها عن أحكام التقنين المدنى المصرى) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية ١٠ مارس =

ومن ثم اذا باع شخص عينا من آخر بيعا سوريا واحتفظ بورقة
الضد ، ففيما بين البائع والمشتري لا وجود للبيع • ويبقى البائع
مالكا للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعها بيعا جديدا
بعد ذلك الى مشتر ثان والمشتري الثانى هو الذى تنتقل اليه الملكية ،
وليس للمشتري الصورى الاول أن يحتج بعقد البيع الصورى على
المشتري الثانى ولو سجل البيع الصورى قبل تسجيل البيع الجديد (١)
كذلك اذا مات البائع ، فالعين الباقية فى ملكه تنتقل بالميراث الى وارثه
الخلف العام ، اذ العبرة بالنسبة الى الخلف العام بالعقد الحقيقى
ايضا لا بالعقد الصورى (٢) •

= سنة ١٩٣١ الاحكام ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — وقد حاولت بعض محاكم
فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فى العلاقة فيما
بين المتعاقدين على أساس القاعدة التى تقضى بأنه لايجوز للشخص أن
يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans)
ولكن هذا الراى لم يسد ، وقد قدمنا ان المتعاقدين فى الصورية لايفش
أحدهما الآخر حتى لايجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معا
على الصورية •

انظر ايضا المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال
التحضيرية ٣ ص ٦٤٦ •

(١) فإذا كان التصرف الذى يستند اليه المشتري الأسبق فى التسجيل
تصرفا سوريا وكانت الصورية مطلقة ، فان تسجيل هذا التصرف لاينقل
الملكية الى المشتري وبالتالي فانه لايفضل على غيره من المشترين — محمد
على عمران ، عقد البيع فى القانون المدنى المصرى فقرة ٨٨ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى
الى ان التصرف لم يكن منجزا وانه يخفى وصية فلا يكون لتسجيل العقد
حال حياة البائع أى اثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لان التسجيل
لا يصح عقدا باطلا كما أنه لايجوز دون الطعن فى العقد بانه يخفى وصية
(نقض مدنى فى ٩ من يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥
رقم ١٠ ص ٤٣) •

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا ثبتت صورية عقد البيع صورية
مطلقة فانه يكون باطلا ولايترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان
مسجلا اذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا • (نقض مدنى
فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٠٥ ص
٦٥٥) •

(٢) الاستاذ سليمان مرقص فى الاثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ =

وعلى التقيض من ذلك لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين (١) . وكذلك وارثه لا تنتقل اليه ملكية العين بالميراث ، اذا مات المشتري الصوري (٢) .

ولكن اذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فان له مع ذلك وجودا ماديا قد يترتب عليه اثر قانوني . فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من اعيان التركة يعتبر قبولا للميراث في القانون الفرنسي (٣) .

٦١٩ — والعبرة بالعقد الحقيقي : فالذي يعتد به اذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص في المادة ٢٤٥ مدني، انما هو العقد الحقيقي . وقد رأينا في المثل السابق اننا اعتدنا بورقة الضد ، وهي التي تعبر عن الموقف الحقيقي ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبايع الصوري يبقى مالكا للعين وتنتقل منه الملكية

= استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .
(١) ولكنه اذا تصرف فيها فانتقلت الى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع ان يختج بالعقد الصوري كما سنرى . ومن ثم امكن الاستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابه « العقود لحساب الغير » ان يجعل البائع والمشتري الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires de droit) (فلاتيه في العقود لحساب الغير مقرة ١٢٠ — مقرة ١٣٣) .

(٢) هذا مالم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدى وهو حسن النية ، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل اليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لا يعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) . واذا طعن الوارث بالصورية في تصرف صخر من مورثه اضارا بحقوقه في الارث ، فانه لا يصبح غيرا ، ولكن له في هذه الحالة ان يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ، وسيأتى بيان ذلك .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦١ — ص ٢٦٣ .

الى وارثة ، والمشتري الصوري لا تنتقل اليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية الى وارثه (١) .

ولما كانت الصورية كثيرا ما تستعمل لخدعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية الا في النصف الثانى من القرن التاسع عشر (٢) ، فاقصر في الصورية على منع تحقيق الاغراض غير المشروعة التى يراد الوصول اليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه الى ابطال العقد الحقيقى الذى قصد اليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضى به المادة ١٣٢١ من التقنين المدنى الفرنسى ، اذ تنص على أن « العقود المستترة لا تنتج أثرها الا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير (٣) » وهو

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى انتهى للحكم الى اعتبار عقد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى فانه اذ رتب على ذلك ان العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى — أى ورثة الضد — يكون قد طبق المادة ٢٤٥ من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولا يمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقى فى حق المشتري ان يكون قد وضع يده على المبيع اذ ان وضع يده فى هذه الحالة لا يعدو ان يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية . (نقض مدنى فى ٢٠ من ابريل سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٠ ص ٨٥٠) .

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٦ هامش رقم ٣ .

(٣) هذا هو النص المقتضب الذى تضمنه التقنين المدنى الفرنسى فى الصورية ، وقد ورد فى مكان غير مناسب هو باب اثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنيات الحديثة نبوصا عامة فى الصورية . فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدنى الألمانى يجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة الى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بسريان العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسى الايطالى أحكم من نصوص التقنين المتقدمين وأكثر استيعابا للموضوع ، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه « فى حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين ، واذا قصد المتعاقدان ، باتخاذها شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا اذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لاحتته ، ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر اذا =

ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا (١) ، وما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر (٢) حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم

= كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم ، ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين . ونصت المادة ٥٠ على أن «العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام ، ولايجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها » . ويلاحظ أن المشروع الفرنسي الايطالى لم يخرج على القواعد العامة في احكام الصورية الا في مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ — أوبرى ورو ١ فقرة ٣٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ — ديموج ١ فقرة ١٦٠ و ٧ فقرة ١١٤٣ — بلانيول وريبير وأسيمان ٦ فقرة ٣٣٥ — نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللو ٨٤ — ١ — ١١ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ ، سيريه ١٩٠١ — ١ — ٢٧ — ٢ — مارس سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠٤ — ١ — ٦١٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٧١ .

(٢) دى هلتس ١ لفظ (acte) فقرة ١٠٢ — والتون ٢ ص ١٣٢ — ١٣٣ — الاستاذ محمد صالح في الالتزامات فقرة ٣١٥ — مذكرات الاستاذ محمد صادق فهمى فقرة ٥٤٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفى للحكم ببطلانه ، وإنما يجب بيان العلة التى من أجلها تحرر العقد الصورى ، لان الصورية وحدها لا تقتضى بطلان العقد ، وإنما يبطل اذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧) . وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت فى صيغة تفاسخ ، متى كان الثابت أنها ليست فى حقيقتها تفاسخا بل اقرارا بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . انظر أيضا : استئناف أهلى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ — ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوريللى بك م ٢٩٣ رقم ٥ — ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٧ مارس سنة =

يشتمل على النصوص التي اشتمل عليها التقنين المدني الجديد ، وذلك لاتفاق هذه الاحكام مع القواعد العامة ، وقد قنن القضاء المصري كما قدمنا في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدني الجديد .

٦٢٠ — وجوب اثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها فيه : وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به ، وفقا لقواعد الاثبات التي سنبينها فيما يلي . أما اذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقدا مستترا ، فالعقد الظاهر هو السدي يعمل به ، ويعتبر عقدا جديا لا صوريا (١) .

فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر في هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون (٢) . فعقد الهبة المستتر في صورة البيع مثلا

= ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٢٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٩ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا طعنت البائعة على العقد بعدم صحته أثبت فيه من أنه عقد بيع ، وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن ، فإن ذلك منها طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء اثبات هذه الصورية ، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليها : نقض مدنى في ٥ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ١ ص ٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع علم الطاعن — وارث البائعة — عبء اثبات هذه الصورية ، فإن عجز ، وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه : نقض مدنى في ٢٦ يونيو ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٥٠ ص ١٣١٤ .

(٢) بلانيول وريبير واستمان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ — أوبري ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٠ — فقرة ١٩١ .

(٣) م ٨٩ — الوسيط ج ٢

يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها (١) . فإذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا للمانع ، ويحسب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي (٢) ،

(١) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحا ، فإن كان غير مباح كسلان باطلا ، حتى لو ستره عقد مباح . . مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من التقنين المدني الفرنسي من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيع القانون العقد الظاهر في نفسه والعقود المستترة في نفسه ، ولكن لا يبيع أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثاني . مثل ذلك ما كانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ من التقنين المدني السابق (الممسدة) بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضى له من أنه إذا كان الشرط الوفاؤى مقصودا به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلا لا اثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . ففي هذا الفرض كان البيع الوفاؤى مباحا في ذاته ، وكذلك رهن الحيازة ، ولكن غير مباح أن يستتر رهن الحيازة في صورة بيع وفاؤى ، فإذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفاؤى باطلا لاعتبارات ترجع الى النظام العام . انظر في بطلان العقد المستتر والعقود الصورية للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٧٨ .

وفي قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين — لا الغير — بالعقد الصورى لا بالعقد الحقيقى جزاء لهما على الغش " فنقضت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدهوى أنه أقل من الثمن الحقيقى . إذا ثبت أن المشتري والبايع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبايع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ في هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البايع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبايع قد اضطر الى قبول ثمن أقل مما باع به مع أن العقسد الحقيقى هو الذى يجب أن يسرى في علاقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يخبر بين العقد الظاهر والعقد الحقيقى " وأن كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير في قضية مماثلة . وسنعود الى هذه المسئلة (انظر الفقرة التالية) .

(٢) كذلك يجب انقاص الهبة (réduction) حتى تصل الى الحد المسموح به (disponible quantité) بالنسبة الى الورثة إذا كانت الهبة لو ارث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام — انقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث — تسرى في علاقة الموهوب له بالورثة " وهؤلاء يعتبرون من الغير في مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .

ويعتبر تبرعا لا معارضة من حيث الدعوى البوليصية (١) .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورة . فالهبة — ولو كانت هبة منقول (٢) — في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية (أنظر المادة ٨٨٨ فقرة أولى مدني) ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعا في شكله وفي موضوعه (٣) . وإذا أفرغ العقد الظاهر في

(١) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٧٣ — فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت دائن الشخص الذي صدرت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري اثبات سوء نية الواهب نفسه .

(٢) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .

(٣) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٧٣ — نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية في العقد الظاهر . وعلى هذا الرأي سارت محكمة الاستئناف الأهلية في دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة في صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصوري بيعا كاملا في مظهره ومن حيث استكمال الشروط الموضوعية ، فإذا نض على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل إلى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الأستاذ أحمد نشأت في الأبحاث ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها في فرنسا ، فرأى يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ داللو ١٩١٤ — ١ — ١٩٣) ، ورأى لا يشترط (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سريه ١٩١٤ — ١ — ٣٨٨) ، وانظر في هذه المسألة ديوج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ .

وإذا أبرم وصي عقدا صوريا عن القاصر مما يجب فيه إذن المحكمة الحسبية ، فالعقد الصوري لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن المحكمة الحسبية ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الإذن ليكون صحيحا حتى فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تفسير صورة العقد الظاهر (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٧٤) .

ورقة رسمية ، فانه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفي (١) .

المبحث الثانى

احكام الصورية بالنسبة الى الغير

٦٢١ — تحديد من هو الغير فى الصورية : قدمنا أنه يجب التمييز فى الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير فى الصورية يحتاج الى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرة تختلف باختلاف الوضع القانونى الذى تواجهه ، فالغير فى الصورية يختلف عن الغير فى أثر العقد : وعن الغير فى التسجيل ، وعن الغير فى القيد ، وعن الغير فى التاريخ الثابت ، وعن الغير فى حجية الحكم (٢) .

والبوضع القانونى فى الصورية الذى يكون أساسا فى تحديد معنى « الغير » يتلخص فى وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصورى واطمان اليه ، معتقدا بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله (٣) . فاستقرار التعامل يقضى فى هذه الحالة — كما تقضى العدالة — أن يعتبر العقد الصورى بالنسبة اليه عقدا قائما ينتج أثره اذا كانت له مصلحة فى ذلك (٤) . وهذا الأساس فى تحديد معنى « الغير » فى الصورية يقتضى أن يكون « غيرا » الفريقان الآتيان :

(أولا) كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشئ

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ — دى باج ٢
فقرة ٦٢٨ .

(٢) ويقصد بالغير فى الصورية كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما
لاحد طرفيه . فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص . الاستاذ
اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٤) قارن الاستاذ سليمان مرقس فى الاثبات فقرة ٢٠٩ .

محل انتصرف الصوري ، سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف الصوري أو تاليا له (١) .

فلو باع شخص دارا من آخر بيعا صوريا ، فكل من كسب حقسا عينيا على هذه الدار ، قبل التصرف الصوري أو بعده ، من البسائع أو المشتري ، يعتبر من الغير في البيع الصوري انذى تم (٢) . مثل من يكسب الحق العينى من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعا صوريا ، ومثل من يكسب الحق العينى من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعا جديا بعد أن باعها بيعا صوريا . فكل من الدائن المرتهن والمشتري بعقد جدى يعتبر غيرا بالنسبة الى البيع الصوري ، ومن حقه أن يطعن فى هذا البيع بالصورية على النحو الذى سنبينه ، حتى يسلم له حقه انذى كسبه من البائع (٣) . ومثل من يكسب الحق

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — قسارن نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٦ ص ٣٨٧ مع تعليق الاستاذ محمد حامد نهى ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقا على التصرف الصوري (انظر الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان للمشتري الذى لم يسجل عقده ان يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذى سجل عقده ، صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم منتقلا اليه ملكية العين المباعة ، اذ لكسونه دائنا فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له ان يتمسك بتلك الصورية ايا كان الباعث عليها لازالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق اثر عقده : نقض مدنى فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٧٤ ص ١٢٧١ — كما قضت محكمة النقض بأنه يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع — كمشتري ثان — ان يثبت بكافة طرق الاثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق اثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديا ، كما ان التسجيل لا يكتفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة الى التصرف الصوري الصادر من البائع له الى مشتري آخر : نقض مدنى فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٦٨ ص ٩٦٧ .

(٣) ويلاحظ أن الدائن الذى ارتهن الدار من البائع قبل صدور

النعني من المشتري يعد صدور التصرف الصوري له مشتر ثان بيع
منه المشتري الصوري الدار بيا جديا بعد أن اشتراها بعقد صوري ،
أو دائن مرتين يرهن له المشتري الصوري الدار • فكل من المشتري
بعقد جدي والدائن المرتين يعتبر غيرا بالنسبة الى البيع الصوري ،
ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم
له حقه الذي كسبه من المشتري (١) • ويستوى أن يكون الشيء محل
التصرف الصوري عينا أو دينا (٢) •
ويلاحظ أن هذا الفريق الاول ليس الا الخلف الخاص لاحد

= التصرف الصوري ينذر أن تكون له مصلحة في الطعن بالصورية ، لان حق
رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصوري جديا • ومع ذلك يتفق أن تكون
له مصلحة ، كما اذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصوري ، فله مصلحة
في اسقاط البيع الصوري حتى يستطيع أن يقيد رهنه • وحتى اذا كان قد قيد
رهنه قبل صدور البيع الصوري ، فبقى له مع ذلك مصلحة في التمسك
بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار في يد المشتري فيتحمّل إجراءات التطهير •
وفي بعض القضايا التي عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن
الدائن المرتين الذي قيد رهنه قبل التصرف الصوري الصابر من مدينه له
مصلحة في الطعن بالصورية ، فانه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار
المرهون في مواجهة المدين وهذه دون الحسائر ، فطعن في تصرف المدين
بالصورية حتى لا يحكم بطلان هذه الاجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣
ص ١٩٩ — انظر أيضا : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ١٦٩
— ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧ •

(١) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتين
للعقار المبيع ، اذا كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشتري بسند معتبر
جاء فيه أن المشتري لم يدفع الثمن خلافا لما ورد في عقد البيع (استئناف
مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٦٣) ، ولا يجوز أيضا التمسك بذلك
قبل المشتري من المشتري (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة
٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) •

(٢) وقد يكون الشيء محل التصرف الصوري هو دين صوري عقده
المدين ، فيعتبر من الغير في هذا الدين الصوري من كسب حقا عينا على
هذا الدين • فاذا حول الدائن في هذا الدين الصوري الدين الى محال له
يجعل صوريته ، كان المحال له غيرا ، ولا يستطيع المدين في الدين الصوري
أن يتمسك قبله بصورية الدين ، اذ للغير كما سنرى أن يتمسك بالعقد
الصوري اذا كانت له مصلحة في ذلك (بنى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩
المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١١ فبراير
سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٥ — ٧
فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ =

المتعاقدين في البيع الصوري : خلفا خاصا للبائع أو خلفا خاصا للمشتري .

ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو عقد البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري والدائن الذي ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيرا من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص دارا من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيرا بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للاخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتت أي من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري (١) ، فيكون قد كسب حقه

(ص ٥٩) . وقد يكون الدين حقيقيا غير صوري ، ويحوله الدائن حوالة صورية في هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال صورية ، فيكون طرقا الصورية في هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف في الحوالة الصورية ، ولكنه لا يعتبر غيرا فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأي من طرفي الصورية (انظر الأستاذ أحمد نشأت في الاثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨) . فإذا دفع الدين للمحال له معتقدا بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحا مبرئا لذمته ، لا لأنه من الغير في الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصوري ، بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان الدين المحال به حوالة صورية دينا متنازعا فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيل أو المحال له في ذلك متمسكا بأن الحوالة صورية ، فيبدر لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصوري (قارن نظرية العقد ص ٨٢٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأيا وأحكاما بعكس ذلك) .

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة =

بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيرا في هذا العقد . هذا الى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو اذن ليس بخلف خاص للمشتري اذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته يعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفا مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفا خاصا للبائع (١) .

= مادية ، باعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (الوسيط الجزء الاول (الطبعة الثالثة المجلد الاول) ص ١٦٦ هامش رقم ١) . فيدخل اذن في تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة الى الشفيع واقعة مادية كما سبق القول .

(١) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأي الذي نقول به . فقد قضت بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في اخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليها الاولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة الى الطاعنين — ويقول الطاعنون ان بيوعا متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بائمان اعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقودا مرضية لم تسجل فقد أثروا . أن يصدر البيع راسا من الشركة اليهم بثمن صوري هو الثمن الذي تقاضته الشركة في الحال — قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الاولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) كما قضت محكمة النقض بأن الشفيع — بحكم كونه صاحب حق في اخذ العقار بالشفعة — يعتبر من الغير بالنسبة لطرفي البيع سبب الشفعة ، ولا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية . نقض مدني في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض، السنة ٢٦ رقم ٢٨٤ ص ١٥١٥ .

وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (انظر آتفا مقرة ٦٢٠ في الهامش) قد قضت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي اذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم في كتاب « نظرية العقد » (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤) ، وقلنا هناك ان المحكمة جعلت العقد الصوري هو الذي يسرى فيما بين المتعاقدين عقابا لهما على النقص في حق الخزانة ، والعقوبة لا تكون الا بنص (انظر أيضا آتفا مقرة ٦٢٠ في الهامش) ونقول هنا ، =

ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقدا صوريا ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك

= بالاضافة الى ما تقدم ، ان الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يجوز له ان يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ اسماعيل غاتم المبدأ الذي اخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيرا له ان يأخذ بالثمن الوارد في عقد البيع ولو كان اقل من الثمن الحقيقي ، ويقول ان القول بغير هذا « يؤدي الى نتيجة غير عادلة وهي سقوط الحق في الاخذ بالشفعة اذا كان الشفيع قد اودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوما دون ان يعلم بالثمن الحقيقي » (احكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه ، فان الشفيع لا يلزمه ان يودع الا الثمن الوارد في العقد ما دام لا يعلم بالثمن الحقيقي ، فاذا ثبت ان الثمن الحقيقي اكبر من الثمن الوارد في العقد ، وجب عليه ان يبلغ ما اودعه الى مقدار الثمن الحقيقي حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوما .

وللمبدأ الذي اخذت به محكمة النقض . ونقول بعكسه ، تطبيقات هامة اخرى . من ذلك ان الشفعة ، وفقا لهذا المبدأ ، تجوز في البيع الصوري وفي البيع السائر لهبة ، اذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك ان الشفيع ، بحكم انه صاحب حق في اخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة الى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله ان يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز ان يحتاج بالعقد المستتر الا اذا كان هذا العقد مسجلا او كان هو عالما بمسورية العقد الظاهر او بوجود ورقة ضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام محكمة النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) — وقضت ايضا بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخسذ بالشفعة اعتمادا على العقد الظاهر ، دون نظر الى العقد المستتر (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) وقضت بأن من المقرر قانونا ان ورقة الضد لا يحتج بها الا فيما بين العاقدين ، وإن للغير ان يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء اكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ ام كانت غير ثابتة ما دامت هي لم تسجل . فمتى كان العقد صريحا انه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانونا التمسك قبل الشفيع — وهو من طبقة الغير بالنسبة الى ذلك العقد — بأنه رهن لا بيع ، بناء على اقرار من البائع بذلك مقول انه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في هذا المعنى ايضا ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه ان البيع =

قول المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيرا في هذه الصورية حتى يستطيع

= ليس الا ضمانا للمشتري لحق له في ذمة البائع، حتى اذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤٠١٤ - ص ٢٢٢) .
ولا نرى ، في كل ما تقدم من التطبيقات ، أن الشفيع يعتبر غيرا في الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع السائر لهبة ، ولا في أى بيع يسر عقدا لا يجوز الاخذ بالشفعة . والأحكام التي اعتبرته غيرا لا تتمشي ، في رأينا ، مع منطق الغيرية في الصورية على النحو الذي أوضحناه (انظر من هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الاثبات مقرة ٥١٤ مكررة ب عكس ذلك الأستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام

مقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل السدي فسدناه ان هنسك طائفة - غير المتعاقدين والخلف المصام - لا تدخل مسع ذلك في طبقة الغير . فهذه يسرى في حقها العقد الحقيقي ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة في اذ سريان العقد الصوري انما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفي حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل في هذه الطائفة المشار اليها ، فيسرى في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع اذا اراد الاخذ بالشفعة من المشتري ، وباع المشتري العقار لمشتري ثان ، يستطيع أن يطعن في البيع الثاني بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشتري الاول بشروط البيع الاول ، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثاني (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ، وانظر أيضا استئناف اهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ - وقارب : استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، اذا يطعن في البيع الثاني بالصورية ، يكون غيرا ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسرى في حقه دائما العقد الحقيقي دون العقد الصوري . وهو يتمسك بالبيع الاول لانه البيع الحقيقي ، ويطعن بالصورية في البيع الثاني حتى يستبعد سريانه في حقه . ولو كان الشفيع غيرا ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصوري اذا كانت شروط هذا البيع افضل له من شروط البيع الحقيقي ، ولكنه لا يستطيع ذلك في رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ بالشفعة الا على أساس البيع الحقيقي .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون في هذه الطائفة التي لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى في حقهم الا العقد الحقيقي ، ولهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية في العقود يصح التمسك بها لكل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه =

التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته (١) .

(ثانيا) الدائنون الشخصيون (chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفي الصورية (٢) .

فدائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير ، اذ أنه قد اطمأن الى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل الى المشتري ،

= وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشتري العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر الى مشتر آخر (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — انظر أيضا : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر الى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقي الشك في جدية البيع ، ينتقل عبء الاثبات الى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه ان يثبت هو أن البيع غير صوري أو أن هذه القرائن القضائية لا دلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورية اذا تضمن العقد بيساناً غير حقيقي للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أنه يجب للتمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية في هذا العقد ، فلا يجوز لناخب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانوني (نقض فرنسي ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز ذلك لمرشح آخر ينافس المرشح الاول ، اذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بالصورية . قارن في كل ذلك الأستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

(١) الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٣٨١ ص

٧٩ هامش رقم ٤ .

(٢) استئناف اهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

فدخل في ضمانه العام ، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري .
وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير ، ولكن لسبب
آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك
البائع ، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن في هذه الحالة
أن يتمسك بالعقد الحقيقي (١) .

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير
في بعض أوضاع قانونية ، وطورا لا يعتبرون من الغير في أوضاع
قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير في الصورية والدعوى البوليسية
والقييد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من
غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطعنوا إلى المركز الظاهر
وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك
من الأوضاع القانونية ، كتسببية أثر العقد وحجة الحكم وثبوت التاريخ
والتسجيل (transcription) ، فيسرى في حقهم أثر العقد وحجية الأمر
المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصي يعتبر من الغير في الصورية سواء كان حقه
مستحق الأداء أو غير مستحق ، ما دام خاليا من النزاع (٢) ،

(١) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن في علاقة الدائن الصوري
بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم في
تقاضي دينه الصوري من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن يستوفوا
هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ ،
مجموعة عمر ١ رقم ١٧٢ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عينا لأخر بيعا
صوريا ، فباعها المشتري الصوري هو أيضا بيعا صوريا لمشتري ثان ، فإن
البائع الصوري الأول — وهودائن للمشتري منه بموجب ورقة الضد —
يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصوري الصادر من المشتري الأول
إلى المشتري الثاني ، فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات
(نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣
ص ٤٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للدائن العادي باعتباره من الغير أن
يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقا لنص المادة ١/٢٤٤ من القانون =

ومركزه في ذلك كمركزه في الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البوليصة فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

ولا يشترط كذلك في الدائن الشخصي للبائع ، حتى يعتبر من الغير في الصورية ، أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون تاليا لهذا التصرف ، إذ تصرف المدين الصوري يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخل في الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقا على التصرف الصوري ومن كان منهم لاحقا (١) . وما قلناه في الدائن الشخصي للبائع نقوله في الدائن الشخصي للمشتري ، فهو من الغير سواء كان حقه تاليا للتصرف الصوري أو سابقا عليه ، ففي الحالتين دخل الشيء ظاهرا في الضمان العام للدائنين (٢) . وفي هذا

= المذني ٤١٤ أن ذلك منوط بأن يكون حق الدائن خاليا من النزاع . نقض مدني في ٣٠ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السلة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٢٢ .

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف ، إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخل في الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصوري أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ما دام خاليا من النزاع وذلك أنه متى كان التصرف صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود أضراره بالتصرف الصوري إذ أن مصلحة أي دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين فستطيع أن ينفذ عليه بدنه . لا نقض مدني في ٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٩١ ص ١٢٢٣ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ — ميسوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣١ م =

أيضا يتفق مركز الدائن الشخصي في الصورية مع مركزه في الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه في الدعوى البوليصة .

ويعتبر من الغير كذلك الوارث الذي يطعن على التصرف الصادر من مورثه بأنه يخفى في حقيقته وصيه اضاراً بحقه في الارث . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى طعن الوارث على العقد بأنه يستتر وصية كان له اثبات نطقه بكافة طرق الاثبات لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر اضاراً بحقه في الارث فيكون تحايلاً على القانون (١) . ويلاحظ أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان نطقه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهرة بيعاً منجذاً إلا أنه في حقيقته يخفى وصية اضاراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر إذاً ذلك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتياك على قواعد الارث التي تعتبر من النظام العام . أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست

= ٤٢ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ويقول بلانيول وريير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥) أن الأمر إذن ليس مقصوراً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشتري الذي ثبت حقه قبل صدور البيع الصوري لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك للشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى عقد البيع الذي ملك المشتري بموجب الشيء في الظاهر لأنه عقد صوري وليس له وجود قانوني . فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ما يبطنان ، فيؤخذ أن بما يظهر أنه إذا كان للغير مصلحة في ذلك .

(١) نقض مدني في ٢٠ من مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٧٣ ص ٤٥٠ ، ونقض مدني في ١٧ من فبراير سنة ١٩٧٣ . المجموعة السابقة السنة ٢٤ رقم ٤٧ ص ٢٦٥ .

هي الاحتيايل على قواعد الارث ، فان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة اتما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه الا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات (١) .

٦٢٢ — للغير أن يتمسك بالعقد المستتر : وقد رأينا المسادة ٢٤٤ من التفتين المدني تحدد الغير في الصورية بأنهم هم دائنوا المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر — وهو العقد الذي له وجود حقيقي والذي أراده المتعاقدان — هو الذي يسرى ، حتى بالنسبة الى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة الى الغير ، الا اذا كانت له مصلحة في ذلك كما سترى .

فالعقد المستتر هو أذن الذي يسرى في الأصل في حق الغير (٢) ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى (٣) .

(١) نقص مدنى في ٢٢ من يونيه سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٦٥ من ١٣٩١ .
(٢) ويتمسك به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له في ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦ / ٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٢٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٢٣٧ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ من ١٩٩ — انظر أيضاً دى هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الاستاذ عبد السلام ذهني في الاثبات من ٢٢٦ وما بعدها .

(٣) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٠ من ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ١٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأن على المحاكم أن تحكم برد وبطالان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع .

ويترتب على ذلك أن لدائن البائع ، إذا كان البيع صوريا ، أن يتمكنوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع (١) . ولهم أيضا أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمرا واقعا هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى في الضمان العام لكافة الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده (٢) .

= لا يقصد الأضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ من ١٠٥) . ويجوز للمشتري أن يتمسك بورقة ضد بين البائـم والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالاجرة المذكورة في ورقة الضد إذا كانت أعلى من الاجرة المذكورة في عقد الايجار الظاهر ، أما إذا كانت الاجرة المذكورة في عقد الايجار الظاهر هي الأعلى ، للمشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة في ذلك ويطالب المستأجر بالاجرة الاعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الاجرة الظاهرة والاجرة المستترة (والتون ٢ من ١٣٦) .

أما أن الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقي لا بالثمن الأعلى السوارد في العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيرا في الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى في حقه دائما العقد الحقيقي لا العقد الصوري ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر عكس هذا الرأي الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٢٢٩ من ٢٧٢) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائـم أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صوري لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية في صورة دفع في دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأي فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية في صورة دفع لا في صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ٨٩) .

(٢) لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر أيضا بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنها يملأن هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا =

كذلك للخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العيين المبيعة سوريا ، أن يتمسك بالعقد المستتر ، ومصلحته في ذلك ظاهرة اذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحا . وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، اذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجب القانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى اذا كان قد شمر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق القتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيما سوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيما سوريا بعد أن يكون قد باعها بيما جديا ويسجل المشتري الثاني عقده الصوري قبل أن يسجل المشتري الأول عقده الجدي

= استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لان الحكم بالصورية قد صدر في مواجهة المتعاقدين فيسرى في حق دائيتهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هي دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد خير موجود (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون الى أن دعوى الصورية لا تفيد الا الدائن الذي رفعها ، ويستندون في ذلك الى نسبية الحكم والى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٢١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ - جرويه فقرة ٢٢٩ - بلانيول وريبير وريوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبناني هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذي يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الاولى رقم ٤٠ الصادر في ١٩٤١/١/٢٧ : انظر الدكتور المحمضان في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٧١) . ولما كانت الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الرأي - وهي نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى باسمه - تتفق مع الاعتبارات المتحققة في الدعوى البوليصية ، وكان الدائن في الدعوى البوليصية يستأثر بالتنفيذ على العين في القانون الفرنسي ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأي أن الواجب أيضا في دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين . أما في التقنين المدني المصري الجديد ، فقد رأينا أن الدائن في الدعوى البوليصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى في دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(م ٩٠ - الوسيط ج ٢) .

في ذلك أنه على أن العقد قد يقرر. التمسك بالعقد الظاهر (أ) وقد تضمنت المادة ٢٤٤، كما
مصلحتي في أن يتمسك بالعقد الظاهر (ب) وقد تضمنت المادة ٢٤٤، كما
رأينا، بأن العقد لا يفي المتعاقدين من العقد الخاص له، ثم يقال يتمسك
بالعقد الظاهر متى كان حصل النية (أ) مع ذلك لا يقرر لهم قاعدة في
الصورية، وهي القاعدة التي تتميز الصورية عن غيرها من الأوصاف
القانونية. فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة، وليس
تمسك الغير بالعقد المستقر (أ) بل هو القواعد، ثم إن العقد المستقر
هو العقد الحقيقي، فهو الذي يسرى كما سبق القول بأنه يجوز

للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر — العقد الذي لا وجود له قانونياً — فهذا هو الاستثناء ولكنه يستثنى من كل من الأحوال الظاهرية والعقوبات.

ويصبح الظاهر أن ينظر إلى العقد المستثنى أو العقد الظاهر كحسب

مصلحته . وهو إذا تمسك بالعقد المستثنى فلا ينفذ العقد الحقيقي المأخوذ

[illegible]

(١) وقد قضت محكمة النقض بان للغير حسين النية ان يتمسك بالعقد
الظاهر من هذا العقد في مصلحة ولا يجوز ان يحاج الشريك مورقة
غير مسجلة تفيد صوريته عقد البائع له متى كان لا يعلم بصوريته ذلك العقد
نقض مدني في ١٢ ابريل سنة ١٩٧١ م جموعة اجكام النقض السنية ٧٢ رقم ٨٧
ص ٥٥٣

(٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٧١٤ حيث قال القضاة المشاركون في هذا الحكم :
 كما تقول للمادة ١٧٤ من القانون الذي ألغى الفصل الأول من المرسوم الصادر في ١٣ مارس ١٩٥٠
 للمشروع المتضمن في جملة القوانين المتعلقة بالاعمال التجارية في مصر
 وانظر : استئناف بالمقاطعة ٧٨ فبراير سنة ١٩٦٢ م ١٢٠٢ ص ١٢٠٢ بقراره بتقسيم ليرة
 سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ - ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٥

١٨٩٨ م سنة ١٢٩٥ هـ ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م
(٣) وقد قضيت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترون قد توفروا على ما
محكمة الموضوع بأنهم كانوا حقيقيي النية عند شراءهم هذه الأوراق من
مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضميمة، وكان المشترون
يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأوراق

المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل • ومما يدل على أن الاستثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك « غير » آخر بالعقد المستتر ، فإن المتمسك بالعقد الظاهر — أي بالاستثناء — هو الذي ترجح كفته •

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر (١) ، إذا تحققت له مصلحة

= بعقدى بيع مشهرين ، فلهن — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عاملين بصورة العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد : نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٠٢ ص ١٢٨٥ •

ومن ذلك أيضا أن للشفيع أن يودع الثمن المسمى في العقد خزانة المحكمة وليس للبائع أو المشتري أن يحتج عليه بعقد مشترى فيه على ثمن أكبر من الثمن الظاهر ما دام لم يثبت أن الشفيع كان يعلم بحقيقة الثمن وإذا كان العقد الظاهر بيعا ، كان للشفيع أن يطلب الشفعة فيه ما دام أن كان حسن النية • وليس للمتعاقدين أن يتمسكا ضده بأن البيع يستتر فى حقيقة هبة لا تجوز فيها الشفعة — الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٠٩ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريا وأقل من الثمن الحقيقى ، فإن للشفيع باعباره من الغير في هذا العقد — إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه : نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٨٤ ص ١٥١٧ •

(١) نقض مدنى ٥ إبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كمدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللو ٧١ — ١٠٩) •

وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغا أكبر مما هو مذكور في العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يستورد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سريه ٨٢ — ١ — ١٥٩) •

في ذلك (١) . ومن ثم يكون لدائن المشتري في البيع الصوري ان يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة اليه داخلة في ملك المشتري بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هذا الدائن ثابتا في ذمة المشتري قبل صدور البيع الصوري كما سبق القول (٢) . ولا يسنأثر دائن المشتري بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر دائني المشتري ، لنفس الأسباب التي قدمناها في دائن انبائع . كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتهن من المشتري (٣) ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان (٤) ، كن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل اليهم من مالك (٥) .

-
- (١) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — اسكندرية الكلية الاهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — اسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٥ / ٢ — شبين الكوم الكلية ٢٢ ابريل سنة ١٩٢١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — اسيوط الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٢١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٩٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٢١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ ابريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .
- (٢) كذلك للدائن أن يطلب اخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقامته مال الدين ، متمسكا بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللو ٩٣ — ١ — ٢٤٢) .
- (٣) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ .
- (٤) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة اسيوط الكلية بأنه اذا كان البيع الاول صوريا ، وكان المشتري الثاني حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل مع المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضي باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٥ / ٢ — والتون ٢ ص ١٣٦) .
- (٥) حتى لو كان العقد المستتر قد شمر قبل شهر حقهم العيني ، ما داموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشتري الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتي الإشارة الى ذلك (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . واذا كان المبيع بيعا صوريا منتولا ، وتصرف فيه المشتري الصوري الى مشتر ثان حسن النية، انتقلت =

ولا كان ليبارك تمسك الغيب بالعقد اظهر هو كما قدمنا انما شأنه
بالى هذا العقد غير من البدعيين اذ انه لا يجب التمسك بالعقد الظاهر ان
يكون حسن النية والى لا يظلم وقت تعامله على الملك الظاهر اهي العقد
الظاهر انما هو عقد جبارى بل لا يقدح في اعتقدها ان النية وبني
عليه تعامله اما اذا كانا بالوقت تعامله بضرورة العقد (الظاهرة) فليس
شمة مبرر لحمايته وكان العقد الذى يشارى في حقه هو العقد الحقيقى
شأنه في ذلك شأن المتعاقدين (ا) فلا يرد اذ ان يكون غير جازا بضرورة
العقد الظاهر حتى يستطاع ان يقتضيه به ويكفى ان يتجمل هذه الصورة
(وقد تعامله) (ب) : ولقد اوضح علم بعلم اذ ان كان له انما
فنا عة نينا نعا بتعريفه بالظا عقاب المتسمين ا نجا كانه

= الملكية الى المشتري الثانى دون حاجة الى ان يتسلم البع، لانها الملكية انما انتقلت اليه بحكم البيع الثانى وفقا لقواعد الصورية، فلا حاجة به الى الحيابة (قارن الاستاذ احمد نشأت فى الاثبات ١ فقرة ٢٧)

[illegible]

٥. المادة الخامسة من قانون المالية لسنة ١٩٨٤

وہامش رقم ۳ .

[illegible]

٦٢٤ — التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر . ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فانه يقع كثيرا أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة . ويكفى أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن والمشتري دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فاما أن نحرص على احترام الارادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقا عينيا من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، واما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقا عينيا من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص في هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر (١) . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر (٢) .

= وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فانه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع اثبات صورية العقد المكتوب الا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند في طعنه الى دليل كتابي ، ومتى كان هذا الطلب موجهاً ضد طرفي العقد اللذين اشتركا معه في الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادئ المتقدمة ، فقضت في حكم شأن بأنه لا يجوز لطرفي العقد الصوري أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

(١) استئناف اهلي ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ . استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — نقض فرنسي ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٧ داللون ٤٧ — ١ — ٢٤٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ — والتون ٢ ص ١٢٩ .

(٢) فتحي زغلول ص ١٤٣ — ص ١٤٤ — محمد صالح في اصول التعهدات فقرة ٢١٥ ص ٢٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ — احمد حشمت ابوستيت في نظرية =

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستقر، كانت الافضلية للأولين » وبذلك أيد التقنين الجديد الرأى الذى ذهب اليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل (١) . ويترتب على ذلك أن دائن المشتري فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً، متمسكاً بالعقد الظاهر اذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستقر (٢) . ويتربط على ذلك أيضاً أن من

= الالتزام فقرة ٦٥٢ — اسيوط الكلية ١١ ابريل سنة ١٩٢٨. المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ من ٤٣٧ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ من ٨٨٧ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — انظر أيضاً فى اشتراط حسن نية خلف المشتري الظاهر لتقديبه على خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللو ٥٢ — ١ — ٤٩ — ٢٠ يولية سنة ١٩١٠ داللو ١ — ٣٩٢ — ١٣. نوفمبر سنة ١٩١٢ داللو ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٩ داللو ١٩٤٠ — ١ — ١٢ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

وهذا هو ما يذهب اليه الرأى الغالب الآن فى الفقه والقضاء الفرنسيين . راجع مارتى ورينو فى القانون المدني ، الجزء الثانى ، المجلد الاول فقرة ٢٨١ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا المعنى ما يأتى : « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فانا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشتري بهذا العقد ، كانت الافضلية للاخير لاعتبارات تتعلق بتأمين تلك الاستقرار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأى فى عهد التقنين المدني السابق يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشتري ، لان تفضيل الموهوب له يؤدى الى اغتناؤه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ من ٢٦٠ هامش رقم ١) .

(۲) روحہما ایجاد تثنیاء قائم قیامیہ ہفتہ

٢ - من حيث الدعوى

يَعْنِي نَعُصِفُ نَيْفًا بِهَا وَنَدَّ يَغْنَا نَهْ تَدْعُهُ رَحْمَةً نَزَتْ عَقْرُ

١٢٥ فصله بجمل الخصوم في دعوى التسمية في نقد الترفع ١٢٤١ وعمل الصورة

من أحد لطرفي العقد، الصوري، على الطرف الآخر، يطمين في العقد

بالصورية (١) ، وفي هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة في انتمسك

بالعقد الجوري في الدعوى (٢) ، كخاف المشتري الظاهر اذا كان سيء

انما هذه راع - فنيته حسب ما بيننا - مع منة فنيته ومفيد شقم

١٠٠٠

الحقيقي : وتصبح العين محل التصرف العجوى لها صاحبان
(deux cotitulaires) ملك حقيقي (وهو الكائن العجوى)

ومالك صوري (وهو الكندي عاين الماديات في نفسه ويستطيع

المالك الصوري أن يتصرف في العين طبقا لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقي.

أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك السوري سلطة على العين أو يسم بـ سلطة النائب (انظر في هذه التجارلات الطائفة الثالثة)

العين أو مع غيره من سبطه الثاني (انظر في هذه التحليلات الطريقة فلاتيه
في التعاقد لحساب المهن فقرة ٢ (١٨٨٢))

١- (أ) وقد فسحت محكمة النقض بأن المقر في تضام هذه الحكمة أن الطعن

سادساً: الميراث الفرعي يجب على الحكمة بحدوده التي يحددها الله تعالى في هذا

المجنون ولا يقدم مجتهد الطائفة بالتواضع أو الإحتياط
وحكما ، لأن الصدوق إنما تعنى عيسى بن أحمد الحلي

وَحَكْمًا ، لَأَن الصَّوْرِيَّةَ أَهْلًا قَعْنِي عَلَيْهِمْ قِيَامُ الْحَدِيثِ بِأَصْلِهِ فِي نَيْمَةِ إِعْقَابِهِ ، أَمَّا التَّوَاتُؤُومُ فَهُوَ غَيْرُ مَأْنِيهِ مِنَ حُدُوثِ التَّعَاقُدِ وَمِنْ قِيَامِ الْغَيْبَةِ فِي أَحْدَاثِ آثَارِ

١- استؤا الصوم في سنة ٨٦ هـ من جهة التعاون ومن ميسام الرقيم في أحداث اثار
قانونية لاجل انقضائها قبل غروبها في سنة ٩٧٧ مجموعاً احكام النقض السنة

خالد بن الوليد رضي الله عنه

التي لا توضع تحت سلطة القانون لا يجوز في دعوى الصبورية -

المرفوعة من المشرق في الثاني من شهر الثوري الأول وهو أحد فروع ثقب العظام -
باختصاصه لشخصين معقنين في الأوسان من غير اختصاص من ثقب العظام لا يثبت

[illegible]

وَأَمَّا الْبُطْلَانُ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَهْدِهِمْ فَلَهُمْ أَجَلٌ مُدَّةً قَاصَّةً ۖ وَهُمْ فِي أَصْحَابِ عَذَابٍ مُدِيمٍ ۖ

النقطة السادسة ٢٢٢ رقم ١٤٨٨ من ٢١٧٧ (منه نسخة) نحققنا تمهده وقد

كما قضت محكمة النقض بأنه إذا كان القانون لا يوجب في دعوى استعادية

الختصاص بالشخصين ، ومن ثم فلا تأثير لاختصاص الزوجين في دعوى
صورية عقد الاسرار على قبول الدعوى ، وانما الاثر القوي علم ذلك بنحو

في ان الحكم الصادر فيها لا يكفل حجة كافية في نفس من يفتقر الى ما هو

البنق ١٨٧٧ مجموعة أحكام النقض البنق ٢٨ رقم ١٩٤ من ١٩٢٥ م ١٢١

1. *Phragmites australis* (Cav.) Trin. ex Steud.

النية (١) • وقد يكون الطعن بالصورية في صورة دفع دعوى يرفعها أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز ابداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى (٢) •

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة له في ذلك ، ويجب في هذه الحالة ادخال كل من طرفي الصورية خصما في الدعوى (٣) •

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينة ، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له اثبات الصورية الا بالطرق التي يستطيع بها المدين اثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفع التي كان يتمسك بها قبل المدين (٤) •

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ — ٢ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٦٠ • علي انه اذا طعن ناظر الوقف في عقد ايجار بالصورية ومات في اثناء الدعوى فان خلفه يستمر في الدعوى دون حاجة لادخال ورثة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٥٦) •

(٢) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز ابداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد ان اعترف الخصم ضمنا بجديّة العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية • وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب ابطال عقد بيع بدعوى انه هبة محررة في عقد عرفي لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو في ذلك ، أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد ، لان الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٢٢ مجلة القانون واقتصاد ٣ ص ٩٩) •

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ •

(٤) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودري وبارد ١٠ فقرة ٧٣٤ — اما اذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفع الجائزة قبل مدينة (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) •

ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء اثبات ذلك (١) ، على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

٢٢٦ — أثر الحكم الصادر فى دعوى الصورية : والحكم الذى يصدر فى دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره الى الدائنين ، فاذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم فى الدعوى دائئا لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما فى الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم (٢) .

(١) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، ما لم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدوا شيئا آخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٤٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الطعن بأن عقد بيع يستر وصية ولم يدفع فيه ثمنها هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء اثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد . (نقض مدنى فى ١٤ من نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٣٦٢) .

(٢) ويدل لارومبير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين الذى وقع عليها التصرف الصورى لم تخرج بتاتا من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون ما دامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخله فى الضمان العام لحقوقهم (لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الاستاذين بودرى وبارد لا يريان ، كما قدمنا (انظر انفا فقرة ٦٢٢ فى الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان الى أن الدائنين انما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم فى الدعوى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩) .

وقد نبهت الإشارة (انظر انفا فقرة ٦٢٢ فى الهامش) الى أن بعض الفقهاء يذهبون الى أن دعوى الصورية اذا رجعها الدائن لا يستفيد منها باقى الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٢ ص ٢٤٢ و هامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٢٢٩ — بلانويول وريبير ودوان ٧ فقرة ٧١٢) .

والحكم في ضرورة العقد بحكم في مسألة موضوعية ، فلا رقيابة فيها لحكمة النقض (١) .

١٢٧- عدم تقادم: دعوى الطعنة في صحة العقد لا تسقط بالتقادم ، سواء وُجعت من أحد أطراف العقد المصوري أو من غير ،
الخير ، لأن هذا الظاهر من نص القانون في تقرير أن العقد لا وجود له ، وهي حقيقة لا
قائمة مستقرة في القانون ، حتى يبيح للمدعي التقادم بالنسبة إليها (١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠) (١٠١) (١٠٢) (١٠٣) (١٠٤) (١٠٥) (١٠٦) (١٠٧) (١٠٨) (١٠٩) (١١٠) (١١١) (١١٢) (١١٣) (١١٤) (١١٥) (١١٦) (١١٧) (١١٨) (١١٩) (١٢٠) (١٢١) (١٢٢) (١٢٣) (١٢٤) (١٢٥) (١٢٦) (١٢٧) (١٢٨) (١٢٩) (١٣٠) (١٣١) (١٣٢) (١٣٣) (١٣٤) (١٣٥) (١٣٦) (١٣٧) (١٣٨) (١٣٩) (١٤٠) (١٤١) (١٤٢) (١٤٣) (١٤٤) (١٤٥) (١٤٦) (١٤٧) (١٤٨) (١٤٩) (١٥٠) (١٥١) (١٥٢) (١٥٣) (١٥٤) (١٥٥) (١٥٦) (١٥٧) (١٥٨) (١٥٩) (١٦٠) (١٦١) (١٦٢) (١٦٣) (١٦٤) (١٦٥) (١٦٦) (١٦٧) (١٦٨) (١٦٩) (١٧٠) (١٧١) (١٧٢) (١٧٣) (١٧٤) (١٧٥) (١٧٦) (١٧٧) (١٧٨) (١٧٩) (١٨٠) (١٨١) (١٨٢) (١٨٣) (١٨٤) (١٨٥) (١٨٦) (١٨٧) (١٨٨) (١٨٩) (١٩٠) (١٩١) (١٩٢) (١٩٣) (١٩٤) (١٩٥) (١٩٦) (١٩٧) (١٩٨) (١٩٩) (٢٠٠) (٢٠١) (٢٠٢) (٢٠٣) (٢٠٤) (٢٠٥) (٢٠٦) (٢٠٧) (٢٠٨) (٢٠٩) (٢١٠) (٢١١) (٢١٢) (٢١٣) (٢١٤) (٢١٥) (٢١٦) (٢١٧) (٢١٨) (٢١٩) (٢٢٠) (٢٢١) (٢٢٢) (٢٢٣) (٢٢٤) (٢٢٥) (٢٢٦) (٢٢٧) (٢٢٨) (٢٢٩) (٢٣٠) (٢٣١) (٢٣٢) (٢٣٣) (٢٣٤) (٢٣٥) (٢٣٦) (٢٣٧) (٢٣٨) (٢٣٩) (٢٤٠) (٢٤١) (٢٤٢) (٢٤٣) (٢٤٤) (٢٤٥) (٢٤٦) (٢٤٧) (٢٤٨) (٢٤٩) (٢٥٠) (٢٥١) (٢٥٢) (٢٥٣) (٢٥٤) (٢٥٥) (٢٥٦) (٢٥٧) (٢٥٨) (٢٥٩) (٢٦٠) (٢٦١) (٢٦٢) (٢٦٣) (٢٦٤) (٢٦٥) (٢٦٦) (٢٦٧) (٢٦٨) (٢٦٩) (٢٧٠) (٢٧١) (٢٧٢) (٢٧٣) (٢٧٤) (٢٧٥) (٢٧٦) (٢٧٧) (٢٧٨) (٢٧٩) (٢٨٠) (٢٨١) (٢٨٢) (٢٨٣) (٢٨٤) (٢٨٥) (٢٨٦) (٢٨٧) (٢٨٨) (٢٨٩) (٢٩٠) (٢٩١) (٢٩٢) (٢٩٣) (٢٩٤) (٢٩٥) (٢٩٦) (٢٩٧) (٢٩٨) (٢٩٩) (٣٠٠) (٣٠١) (٣٠٢) (٣٠٣) (٣٠٤) (٣٠٥) (٣٠٦) (٣٠٧) (٣٠٨) (٣٠٩) (٣١٠) (٣١١) (٣١٢) (٣١٣) (٣١٤) (٣١٥) (٣١٦) (٣١٧) (٣١٨) (٣١٩) (٣٢٠) (٣٢١) (٣٢٢) (٣٢٣) (٣٢٤) (٣٢٥) (٣٢٦) (٣٢٧) (٣٢٨) (٣٢٩) (٣٣٠) (٣٣١) (٣٣٢) (٣٣٣) (٣٣٤) (٣٣٥) (٣٣٦) (٣٣٧) (٣٣٨) (٣٣٩) (٣٤٠) (٣٤١) (٣٤٢) (٣٤٣) (٣٤٤) (٣٤٥) (٣٤٦) (٣٤٧) (٣٤٨) (٣٤٩) (٣٥٠) (٣٥١) (٣٥٢) (٣٥٣) (٣٥٤) (٣٥٥) (٣٥٦) (٣٥٧) (٣٥٨) (٣٥٩) (٣٦٠) (٣٦١) (٣٦٢) (٣٦٣) (٣٦٤) (٣٦٥) (٣٦٦) (٣٦٧) (٣٦٨) (٣٦٩) (٣٧٠) (٣٧١) (٣٧٢) (٣٧٣) (٣٧٤) (٣٧٥) (٣٧٦) (٣٧٧) (٣٧٨) (٣٧٩) (٣٨٠) (٣٨١) (٣٨٢) (٣٨٣) (٣٨٤) (٣٨٥) (٣٨٦) (٣٨٧) (٣٨٨) (٣٨٩) (٣٩٠) (٣٩١) (٣٩٢) (٣٩٣) (٣٩٤) (٣٩٥) (٣٩٦) (٣٩٧) (٣٩٨) (٣٩٩) (٤٠٠) (٤٠١) (٤٠٢) (٤٠٣) (٤٠٤) (٤٠٥) (٤٠٦) (٤٠٧) (٤٠٨) (٤٠٩) (٤١٠) (٤١١) (٤١٢) (٤١٣) (٤١٤) (٤١٥) (٤١٦) (٤١٧) (٤١٨) (٤١٩) (٤٢٠) (٤٢١) (٤٢٢) (٤٢٣) (٤٢٤) (٤٢٥) (٤٢٦) (٤٢٧) (٤٢٨) (٤٢٩) (٤٣٠) (٤٣١) (٤٣٢) (٤٣٣) (٤٣٤) (٤٣٥) (٤٣٦) (٤٣٧) (٤٣٨) (٤٣٩) (٤٤٠) (٤٤١) (٤٤٢) (٤٤٣) (٤٤٤) (٤٤٥) (٤٤٦) (٤٤٧) (٤٤٨) (٤٤٩) (٤٥٠) (٤٥١) (٤٥٢) (٤٥٣) (٤٥٤) (٤٥٥) (٤٥٦) (٤٥٧) (٤٥٨) (٤٥٩) (٤٦٠) (٤٦١) (٤٦٢) (٤٦٣) (٤٦٤) (٤٦٥) (٤٦٦) (٤٦٧) (٤٦٨) (٤٦٩) (٤٧٠) (٤٧١) (٤٧٢) (٤٧٣) (٤٧٤) (٤٧٥) (٤٧٦) (٤٧٧) (٤٧٨) (٤٧٩) (٤٨٠) (٤٨١) (٤٨٢) (٤٨٣) (٤٨٤) (٤٨٥) (٤٨٦) (٤٨٧) (٤٨٨) (٤٨٩) (٤٩٠) (٤٩١) (٤٩٢) (٤٩٣) (٤٩٤) (٤٩٥) (٤٩٦) (٤٩٧) (٤٩٨) (٤٩٩) (٥٠٠) (٥٠١) (٥٠٢) (٥٠٣) (٥٠٤) (٥٠٥) (٥٠٦) (٥٠٧) (٥٠٨) (٥٠٩) (٥١٠) (٥١١) (٥١٢) (٥١٣) (٥١٤) (٥١٥) (٥١٦) (٥١٧) (٥١٨) (٥١٩) (٥٢٠) (٥٢١) (٥٢٢) (٥٢٣) (٥٢٤) (٥٢٥) (٥٢٦) (٥٢٧) (٥٢

قيمة التزام في العقد المستتر على عشرين جنيها (١) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة الاثبات بجميع الطرق (٢) . أما اذا لم ترد قيمة الالتزام على عشرين

= كما قضت محكمة النقض بأنه وان كان صحيحا أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة إلا أن المشرع قد أجاز الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدء ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدء بالبينة أو بالقرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الاثبات : نقض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٩ .

(١) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ : المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ : المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ : المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ : المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢١ مايو سنة ١٩٣١ : المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ : المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ : المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ : م ٦ ص ٢٤٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ : م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ : م ١٥ ص ٣٠٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ : م ٢٦ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ : م ٣١ ص ١٣٦ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ : م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ : م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ : م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ : م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ : م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ : م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ : م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام في قسم الاثبات : انظر انفا مقرة ٢٠٣ في الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز اثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ : الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(٢) استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ : المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ — ٩ يونيو سنة ١٩٠٤ : الاستقلال ٣ ص ٦٦٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ : م ٦ ص ٢٤٢ — نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام في قسم الاثبات (انظر انفا مقرة ٢٠٣ في الهامش) . وانظر أيضا الأحكام التي أوردناها في قسم الاثبات عند الكلام في الاحتيال على القانون (انفا مقرة ٢٠٤) .

وإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مضت مصلحة التعاقد الآخر ، جاز لهذا التعاقد الآخر ولو ارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فثبتت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها بامتناع غير =

جنيتها ، فإنه يجوز اثبات العقد المستقر بجميع الطرق ، الا اذا كان

= مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) .
 أو ان الرهن وضع في صورة بيع للتحايل على قانون خمسة أفدنة (استئناف
 مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) ، أو ان المبلغ المذكور في السند
 يتضمن فوائد ربوية (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم
 ١٤٢ ص ٣٩٠ — استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية
 ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ ص
 ١٧) ، أو ان تاريخ العقد قد قام ليكون سابقا على تاريخ الحجر فيعصم العقد
 من الإبطال (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨
 ص ٥٠٧ — استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة
 ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة
 ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — استئناف الاسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧
 المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو ان ديننا مدنيا محضا كتب عنه
 انه سلم للمدين بصفة امانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية اذا تاخر من
 الدفع (جرجا ١٤ يونية سنة ١٨٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩ ص ٧٨) . اما اذا تم
 التحايل على القانون دون ان يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ،
 فلايجوز لاي منهما ان يثبت العقد المستقر الا وفقا للقواعد العامة للاثبات ،
 ان لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد مادام التحايل لم يوجه
 ضد مصلحة أحد منهما . فلايجوز للمشتري ان يثبت الا بالكتابة ان الثمن
 المكتوب في عقد البيع اكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الاخذ
 بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع اثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق
 (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع انه ليس من
 الغير كما قدمنا ، وذلك لانه هو الذي قصد بالتحايل الاضرار به ولان البيع
 يعتبر بالنسبة اليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع ان يثبت
 الا بالكتابة ان الثمن المكتوب في عقد البيع اقل من الثمن الحقيقي تخففا من
 رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع اثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق ،
 مع انها ليست من الغير كما أسلفنا الاشارة ، وذلك لانها هي التي قصد
 بالتحايل الاضرار بها ولان البيع يعتبر بالنسبة اليها واقعة مادية . ولا يجوز
 للمورث ان يثبت بغير الكتابة ان عقد البيع المكتوب الصادر منه لاحد الورثة
 حقيقته وصية ، أما للورثة الآخرون فيستطيعون اثبات ذلك بجميع الطرق ، مع
 انهم ليسوا من الغير في الصورة لان التصرف قد صدر اضرارا بحقوقهم في
 الارث فيكون تحايلا على القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة
 احكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة احكام
 النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — استئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٢٢ المحاماة ٥
 رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١
 — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة
 ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم
 ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص
 ١٣٢ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٦ مايو
 سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — اما في التصرفات التي لاتضر بحقوقهم في
 (م ٩١ — الوسيط ج ٢)

= الارث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الاثبات التي يتقيد بها .
استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ —
الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقسده
قدما أن الورثة يستطيعون أيضا ، لنفس الاسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا
بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لاختفاء أن هذا
التصرف قد صدر في مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقا للمبادئ المتقدمة بأنه إذا وكل شخص
آخر في ايجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشا
للاضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية القديسية المبينة
على الغش والتواطؤ بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضا
بأنه إذا تمسك المدين بأن الايصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد
بصنعها هو والغاتوة الموقع عليها منه أيضا ببيان مفردات تلك المنقولات إنما
حررا خدمة للمدعية لتقديدها للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ
الوارد بالايصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعا منه بالصورية ، ولم تأخذ به على
أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين الا بالكتابة وهو لم يقدم كتابا
ما ، فانها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة
١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة
بأنه إذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية ،
جاز للآخر اثبات هذا الاختلاس ثم اثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف
مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وانظر أيضا : نقض مدني ١٨
نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة
١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة
عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ ابريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١
رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقديم تاريخ العقد لاختفاء صدوره أثناء
عته البائع هو تحايل على القانون ، يجوز اثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة
وبالقرائن ، وحكم الورثة في هذا الخصوص هو حكم مورثهم : نقض مدني
في ٢٢ يونية سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ١٢٩ ص ٧٩٢ .
كما قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المطعون عليهم قد تمسكوا بصورية
الاجرة المبينة بعقود الايجار المبرمة بينهم وبين الطاعنين صورية قديسية
مبناها الغش والتحايل على القانون للتوصل الى اقتضاس اجرة أكثر من
الاجرة القانونية ، فانه يجوز اثبات هذه الصورية بين المتعاقدين بطرق الاثبات
كافة بما فيها البينة والقرائن : نقض مدني في ٣١ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة
أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٤٥ ص ٢٥٩ .

(انظر في هذه المسألة الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠
= ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة
على بعض أحكام محكمة النقض) .

ومن ذلك انه يجوز للمتعاقد والخلف العام الالتجاء الى الشهادة والقرائن
لاثبات أن حقيقة العقد هبة دفع اليها باعث غير مشروع ، أو أن =

للعقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز اثبات عكسه الا بالكتابة (١) . وليس في كل ذلك الا تطبيق للقواعد العامة في الاثبات (٢) ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد في قسم الاثبات .

= المشتري الحقيقي هو أحد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء طبقاً للمادة {٧١} مدني ، أو أن حقيقة المبلغ المقترض أقل مما ذكر في السند والفرق ليس سوى فوائد زبوية ، راجع الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٨٩ .

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ١٨ يولية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ — استئناف اهلى اول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ ص ٢١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — اول ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — واذا استطاع الخصم اثبات عدم صحة ما ورد في العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، ما دام لم يثبت ان هناك عقداً مستقراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سريه ١٩٠٤ — ١٩ — ٢٧) .

وقد قضت محكمة النقض بان ذكر سبب الالتزام في العقد لا يمنع المدين من اثبات ان هذا السبب غير حقيقي وأن الالتزام في الواقع معدوم السبب، ولئن كان هذا الادعاء مما لا يجوز اثباته بغير الكتابة اذا كان الالتزام مدنياً لانه ادعاء يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ، الا ان اثباته جائزاً بطريق الاثبات كائناً اذا كان الالتزام تجارياً . (نقض مدني في ٢٧ من اكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٢٣ ص ١٥٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٢٩ — بيسدان ولا جارد ٩ فقرة ١٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الاثبات بغير الكتابة اذا وجد مانع من الحصول عليها. وقد قضت محكمة استئناف مصر بآين علاقة الزوجية مبانعة =

٦٣٠ — الحالة الثانية — الدعوى مرفوعة من الغير : أما في هذه

الحالة فيريد الغير اثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين (١) . وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على عشرين جنيها (٢) ، فيجوز له اثبات صورية العقد الظاهر بجميـع

= من الحصول على كتابة الصورية ، فللزوجة ان تثبت صورية عقد البيع الصادر منها الى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الاثبات بغير الكتابة في المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(١) أما اذا أراد أحد طرفي العقد الصوري أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت له مصلحة في ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفي العقد الصورية قبل الغير .

(٢) نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف اهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١١ .

الطرق ومنها البيعة والقرائن (١) . ذلك أن الصورية ، بالنسبة الى الغير ،

= ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له اثبات الصورية الا بالكتابة (نقض مدني ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الاستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨٨ — ص ٢٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في احكام الصورية بالنسبة الى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا اقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الاثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) (١) ويجب ان تكون القرائن مقنعة، والا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠١ م ٢١ ص ٢٤٣) — ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية او قرابة ما بين المتعاقدين ، او ان البائع بقى حائزا للشيء المبيع ، او أن المشتري لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣١) . ولكن ليس من الضروري أن يكون العقد صوريا بقيام هذه القرائن ، اذ هي قرائن قابلة لاثبات العكس (استئناف اهلي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧/٢ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشتري أب باسم ابنه عينا حارما ابنه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشتري مالا خاصا (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على اعلام شرعى ودون أن يطلب المشتري منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه في الميراث ودون أن يكون الوارث حائزا للعين المباعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ص ١٣٤) ، وأن يصدر البيع عقب اعلان الدائن مدينة =

= للبائع ويتصرف المشتري بعد ذلك مباشرة في العين المبيعة (استثناء مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسرا بهذا البيع وأن المشتري عالم بذلك (استثناء مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق في وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق في الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استثناء مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين في ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استثناء مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصف فيه (استثناء مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشتري على الشراء بالرغم من انذار دائن البائع له بأن البيع يقع اضارا بحقوقه (استثناء مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١) ، وأن يتقدم الدائن المطعون في سنده بالصورية بحكم غيابي على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استثناء مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) . وعند تقدير القرائن ينظر الى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسرا وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استثناء مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجه أن ينظر الى القرائن في مجموعها دون أن تفصل احداها عن الأخرى (استثناء مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشتري جزءا من الثمن مع وجود شرط في العقد يقضى بدفع الثمن جميعه فورا (استثناء مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤) ، ولا أن يكون الثمن بخسا (استثناء مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨) ، ولا أن يكون التصرف قريبا من الوقت الذي امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلا لوفاء دينه (استثناء مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشتري نفسه محل الدائنين المرتهنيين في الرهون التي تثقل العقار المبيع فان مثل هذا الاحتياط معقول (استثناء مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من امكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استثناء مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض في القرائن على الصورية أنه اذا تنازع مشتري العقار الذي لم يسجل عقده مع مشتر ثان بسجل عقده ، وطعن المشتري الأول بصورية العقد الثاني ، وقضت المحكمة بصوريته بآنية حكمها على وضع يد المشتري الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشتري الثاني بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشتري الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشتري الثاني ، وعلى أنه ليس من المعقول =

فمعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز اثباتها بجميع الطرق (١) .

= أن يجازف هذا المشتري بدفع قيمة الثمن كله سكما ورد في عقده — في حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود في التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشتري الثاني صوري وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشتري الثاني من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا مجلس المقصد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى الصورية التي قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشتري قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بئعه في هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضي سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدي إلى الصورية (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم ما دام لم يطعن في القرض نفسه بأنه صوري ، إذ لا يتصور قيام رهن صوري ضامن لقرض حقيقي (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد ، فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري اثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٦٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناءً على أن كلا من طرفي الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري ، وأن ما قدمه كلا منهما في سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشتري وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفي وحدها دليلاً على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور (نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى ما دام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصورتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سليماً (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٢٨٩) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر، بل قصد أن يبتغى نفعاً من العقد المستتر (دي باج) فقرة =

الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البوليصة والدعوى
غير المباشرة •

٦٣١ — الغرض من المقارنة : بعد أن فصلنا قواعد دعوى
الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البوليصة والدعوى
غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى التوليصة بالدعوى غير المباشرة ، حتى
نتبين ذاتية كل دعوى ازاء الدعويين الآخرين (١) •

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البوليصة ، ثم بالدعوى غير
المباشرة •

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصة

٦٣٢ — مقارنة اجمالية : يدعو الى مقارنة الدعويين احدهما
بالأخرى شبه واضح فيما بينهما • ففي كليهما يحاول المدين أن يتوقى
تنفيذ الدائن على ماله (٢) ، فيتصرف في هذا المال تصرفا جديا أو تصرفا

٦٣٥ ص ٥٩٦ — عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) وللغير
اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البيئة والقرائن حتى ولو زادت
قيمة التصرف على عشرين جنيها . وله ذلك أيضا ولو كان التصرف ثابتا في
ورقة رسمية طالما أن المراد اثباته هو صورية التصرف المثبت في هذه الورقة
لا عدم صحة البيانات المدونة فيها : راجع الاستاذ اسماعيل غانم فقرة
٣٠٤ ، وفي الفقه الفرنسي مارتى وريتو ، المرجع السابق فقرة ٢٨٠ .
(١) انظر في استقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل من
الدعوى البوليصة والدعوى غير المباشرة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة
٩٧٧ •

(٢) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول الى اغراض أخرى
غير الاضرار بحقوق الدائن كما سبق القول •

سوريا (١) • وفي كليهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن •

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك • ففي دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل ، أما في الدعوى البوليصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفاً جدياً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين (٢) • هذا إلى أن الدائن في دعوى الصورية يرمى إلى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البوليصية فيرمى إلى ادخال شيء خرج من ملك المدين (٣) •

(١) وفي الحالتين يكون التصرف تدليسياً. وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسي هو أن يشارك المتصرف له المدين في إجراء تصرف صوري أو في إجراء تصرف حقيقي يجعله في حالة اعسار بإخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسيبيل إبطاله هو الطعن المبني على الصورية أو على الدعوى البوليصية ، وفي هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمي أو بخس أو بأنه حقيقي ولكن المتصرف له اشترك مع المدين في إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح في حالة اعسار لا يفي ماله بمطلوب غرمائه . والعبء في إثبات اعسار المدين بالصيغة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الصورية ودعى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولاً فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى . (نقض مدني في ٢٥ من فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٧ ص ٢٢٨) .

(٣) انظر في هذا المعنى : نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

وكثيراً ما كان يخلط بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية ، ولكن التمييز بينهما أصبح الآن واضحاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م =

٦٣٣ — **الفروق التفصيلية ما بين الدعويين :** وتختلف الدعويان ،
في أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سريه ٩٠ — ١ — ٣٠١ — ديمولومب ٢٥ مقرة ٢٣٥ — مقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ مقرة ٤٩٧ — مقرة ٤٩٩ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ مقرة ٦٣ — هيك ٧ مقرة ٢٣٠ — مقرة ٢٣١ — والتون ٢ ص (١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين احدهما بعد الاخرى لانهما دعويان مختلفتان ،
مترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البوليصية . بل يجوز رفع
الدعويين معا ، فيبدا الدائن باثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري ،
ثم يطعن بعد ذلك في العقد الحقيقي بالدعوى البوليصية . مثل ذلك هبة في
صورة بيع : يبدا الدائن باثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن
بعد ذلك في الهبة بالدعوى البوليصية فلا يحتاج الى اثبات سوء نية الموهوب
له بل ولا الى سوء نية الواهب في القانون المصري (استئناف مختلط ٢٢ يونية
سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ —
١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص
١٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ مقرة ٩٧٦ — كولان وكابيتان ومورانديير
٢ مقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — دي هلتس action Paulienne مقرة ٢١) .
ويجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية
وبالدعوى البوليصية معا على سبيل الخيرة ، فيحاول اثبات الصورية أولا ،
فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى البوليصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة
١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٨ — مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ أبريل
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠
أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن : استئناف مختلط ١٣ يونية سنة
١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، اذا هو أخفق في دعوى الصورية في
محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البوليصية لأول مرة أمام محكمة
الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم
٦ ص ١٤١ — عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨
رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية أولا حتى
اذا أخفق فيها طعن بالصورية ، فإن الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن
الاقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدني
٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — استئناف
مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ — مصر الكلية
الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ —
استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد =

١. — دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البوليصة فلا يرفعها الا الدائن (١) .

٢. — في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع (٢) ، فالدائن الى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى (٣) . أما في الدعوى البوليصة فلا يكفي خلو حق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضا أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

٣. — في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري ، أما في الدعوى البوليصة فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه (٤) .

= قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البوليصة الى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤) ، وقضت أيضا بأنه يجوز للدائن ، اذا كان قد طعن في تصرف مدينة أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما اذا كان يعتبر التصرف سوريا أو جديا ، أن يطعن في التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا واذا نجح الدائن في اثبات صورية العقد اكتفى بذلك، ولا يصبح في حاجة الى اثبات توافر شروط الدعوى البوليصة (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٤٦) .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢٢٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما اذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، فليس للدائن ان يستمر في اجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ — أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثا — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف اهلي ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر أول مايو ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ١٧ =

٤. — في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصوري ، بفرض أنه جدى ، لا يسبب اعسارا للمدين أو يزيد في اعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا اطلاقا ، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقوير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما في اندعوى البوليصة فنشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في اعسار المدين أو زاد اعساره (١) .

= مارس سنة ١٩٣٢ المحامة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ — أسبوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحامة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ — ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ — ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٨٢ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٤٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديسمبر ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيرا في هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البوليصة ، فيشترط في الاثنين أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين — هذا وقد يكون التصرف الصوري سابقا على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢ .
أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٢٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ . =

٥ — في الدعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الاضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البوليصة فيشترط في المعاوضات قصد الاضرار بالدائن على النحو الذي سبق بيانه (١) .

٦ — دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها ، تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما أنقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البوليصة فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى (٣) .

= ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط أعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما اذا كان المدين معسرا أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصوري والأعسار . فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية في تصرف مدينه حتى لو كان موسرا (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية اذا كان المدين معسرا ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الأعسار أو زاد فيه . على أن الواقع في العمل — كما تقول الاساتذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن اذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذي تصرف فيه هذا جنوريا لا يتعب نفسه في رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ اليها فعلا الا عند أعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٢٠٧) .

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٢٣٥ — كولان وكابيتان ومورانديير فقرة ٢٥٨ ص ٢٢٤ — جومران ٢ فقرة ٧٠٧ — الاستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٢٥٨ — عكس ذلك : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ ، انظر كذلك بلانيول وريبير واسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقون بين الرايين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصوري مركز فعلى يثبت بالتقادم (انظر استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة في صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (انظر فقرة ٦٢٧) . =

٧ — في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها سوريا للمشتري ، أما في الدعوى البوليصة فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي .

٨ — في دعوى الصورية إذا تنازع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشتري ، قدم دائن المشتري إثارا للعقد الظاهر كما قدمنا (١) . أما في الدعوى البوليصة فإنه إذا باع المدين عينا اضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري (٢) .

= ويميز بيدان ولا جارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هي التي تسقط بالتقادم (بيدان ولا جارد ٩ فقرة ١٨٥) .

(١) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشتري ، فالمشتري هو الذي يفضل ، سواء كان العقد سوريا أو كان جديا وقابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصة . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشتري ففي دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف في الرأي (انظر أيضا فقرة ٦٢٤ في الهامش) ، وفي الدعوى البوليصة يقدم الدائن حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جروبيه فقرة ٣٤٠ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٥٦ من ٣٥٧) .

(١) وقد قدمنا (انظر أيضا فقرة ٦٢٤ في الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع يتحمل أثر تصرف جدي صدر من مدينة ٢ ويتحمل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان سوريا ، وكان الأولى هو العكس . . ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صوري فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (١) أما أن يكون المدين متواطئا مع المشتري يقصد الاضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن تتجنب الطعن في البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جديا ، فيطعن فيه بالدعوى البوليصة وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشتري ولا يتحمل أثر تصرف صوري كان لا يتحمله لو كان التصرف جديا . (ب) وأما أن يكون تواطؤ المدين مع المشتري على الصورية لم يقصد به الاضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة لو كان العقد جديا لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصة لعدم توافر شروط الاضرار بالدائن ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذا من العقد الجدي (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

المبحث الثاني

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ — وجوه الشبه : يتبين مما قدمناه في دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبهة واضحة بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام . فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية الى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا ، فدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين ، ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك

= هذا وقد كان يوجد في عهد التقنين المدني السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن في دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين : (استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٤٨ من ٣٢٧) ، أما في الدعوى البوليصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى . وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد محاه هذا الفرق بجعله الدائن ، في دعوى الصورية والدعوى البوليصية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر الدائنين . انظر في هذه المقارنة التفصيلية : بودري وبارد ١ فقرة ٧٢١ — فقرة ٧٢٣ — ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ — بلانيسول وريبير وردان ٧ فقرة ١٧١ — فقرة ١٧٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ — دي باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ — فقرة ٢٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ — فقرة ٦٥٩ — الأستاذ اسماعيل غانم فقرة ١٢١ .

بالعقد المستتر ، فيصل الى نفس النتيجة التي يصل اليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ — وجوه الخلاف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية في العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

١ — إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من غير . أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الاثبات الا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الاثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرين جنيها أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوبا (١) .

٢ — وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة الى اثبات اعسار المدين . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد اعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٢ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة — بلاينول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الاستاذ حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .
ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن اثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

٣ — اذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفعات التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر (١) .

ويُتَّهَنُ مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر (٢) .

الفصل الرابع

الحق في الحبس (*)

(Droit de rétention)

تمهيد — تكيف الحق في الحبس

٦٣٦ — كيف نشأ الحق في الحبس : يرجع ذلك الى عهد القانون الروماني . فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، اذا

(١) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٧٦ ص ٣١١ — والتون ٢ ص ١٤٣ — دي باج ٣ فقرة ٢٥٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ . هذا ، وفي غير المثل الذي نحن بصددده ، يلاحظ أيضا أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التي يسقط بها الحق الذي يستعمله الدائن . أما في المثل الذي نحن بصددده ، فان الحق الذي يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التي يرفعها المدين ، وهذه أيضا — كدعوى الصورية التي يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٢) انظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .
* مراجع : رينو (Raynaud) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونسكو (Jonesco) في حق الحبس رسالة من = (م ٩٢ — الوسيط ج ٢)

أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الرومانى للحائز دفعا بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها (١) .

= باريس سنة ١٦٠٨ — بينو (Pinot) بحث في اقامة نظرية في حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بوجوناتو (Pogonato) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobes) تطبيقات في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — بودرى ولوان (Loynes) جزء اول في حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها — جيللوار (Guillouard) في رهن الحيازة وحق الحبس — بيدان وفواران (Voin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها — كابتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — دريدا (Derrida) بحث في أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — انسيكلوبيدى داللواز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدها (دريدا) — مقال لسالى (Saleilles) في الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٢ — ١٨٩٣) .

مراجع في القانون المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى في التأمينات فقره ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسى في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ — فقرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٣ ٢١٧ — ص ٢٢١ — الأستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ٩٩ — فقرة ١١٥ — وانظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — الوسيط للمؤلف الجزء الاول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ احمد حشمت ابوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

(١) ذلك أن الحائز — حسب قواعد القانون المدنى العتيق — لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا مضوليا اذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك . ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاسترداد دفعا بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزما برد العين قبل أن يستوفى ما أنفق من المصروفات .

وكذلك أعطى البريتور الرومانى لمن يطالبه دائن بالوفاء دفعا بالغش (exceptio doli) اذ لم يكن المطالب بالتنفيذ قد قام بالوفاء بالتزاماته أو على الأقل عرض التنفيذ . راجع ماثرو . دروس فى القانون المدنى المرجع السابق فقرة ١١٢٥ .

وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوما ضمنا في العقود الملزمة للجانبين — إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعدم ذلك في القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فمنشأ الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان اذن واحدا في القانون الرومانى ، كلاهما يقوم على دفع الغش ، ولكن العلاقة فيما بينهما انفصلت في عصور القانون الفرنسى القديم ، عندما اختلفت الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقا عينيا (١) .

وهذه الصورة الأخيرة هي التي انتقلت الى التقنين المدنى الفرنسى .
٦٣٧ — الحق في الحبس في القانون المدنى الفرنسى : لم يفسح

(١) وكان رجال القانون الكنسى هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (règle des corrélatifs) وربطوا على هذا المبدأ أن أيا من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام . وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الرومانى . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية الى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعنية التي وردت فيها هذه النصوص ، فصاعت وحدة النظرية ، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطمس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — في ملء الفراغ الذى خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التي اختلفت وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التي انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقا بالأعيان المادية واعتبر حقا عينيا، وكان يقول بعينيته كل من ديولان وبوتيه (اسمان ٦٤٣٩ — بودرى ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة لا للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، واقتصر — متأثرا في ذلك بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم — على ايراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة (١) . وبقي الفقه الفرنسي ، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفي مفتتح القرن العشرين نقل سالي عن التقنين المدني الألماني النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزا للفقه الفرنسي أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

وقام خلاف في فرنسا هل الحق في الحبس حق عيني ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك (٢) ، ولكن الغالبية — لا سيما في الفقه الفرنسي المعاصر — لم نر فيه حقا عينيا (٣) ، اذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوي على حق في التقدم ولا على حق في التتبع ولا هو خاضع لاجراءات الشهر (٤) .

(١) انظر مثلا المواد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .
(٢) انظر : كابري (Cabrye) في حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) في حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سيرفي (Survill) ٢ فقرة ٥٤١ — بون (Pont) ١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن في معنى الحق العيني : أنسيكلوبيدي داللو ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

(٤) اما أنه لا ينطوي على حق تقدم ، فسنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين . واما أنه لا ينطوي على حق تتبع ، فلأن الحابس اذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون اجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

ومنذ أنكر على الحق في الحبس أنه حق عيني ، كان الرأي الراجح في القانون الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصورا على الحالات التي نص عليها التشريع ، وليست هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس الى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد اليها جميع حقوق الحبس (١) .

ولا يكفي بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له في الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له . وهذا انما يقع في المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضي الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ (٢) .

وانما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق في احدى صورتين :

١ — اما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشيء الذي يجب عليه أدائه حتى يستوفي الدين الذي نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي ينفقها الحائز على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز ، ففي هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

(١) بودرى ولوران ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٢٢ — بلانبول وريبير
واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .
(٢) بلانبول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

٢ — وأما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، والمشتري يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه الى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه الا بعد ان يسترد ما أعطاه (١) .

٦٣٨ — حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقا عينيا (٢) ، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كسأنت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تقرتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين الغاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عينى ، ثم تعقب بالدائنين ذوى الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنيين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين « الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الآخر في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم » . واذا عرضت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن « التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الاخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس » . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهى تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على « أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد » .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

(٢) انظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

وقد جعل حق الحبس في هذا انتقنين حقا عينيا ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٦٠٥ / ٧٣١ ممن التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية ، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون (١) : أولا — للدائن الذي له حق امتياز (٢) . ثانيا — لمن أوجد تحسينا في العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال (٣) . ثالثا — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو

(١) هذه الأحوال المخصوصة التي كان مصرحا بها في التقنين المدني السابق هي : (أ) حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٢٧٩ / ٣٥٠) ، أما حق المشتري من حبس الثمن إذا حصل تعرض له في وضيع يده على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (٤١١ / ٣٣١) فيستعصى في التكيف أن يكون حقا عينيا ، لأن الثمن دين في ذمة المشتري وليس بعين محبوسة ، وهو قبل دفعه ملك للمشتري والشخص لا يكون له حق عيني على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقا من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد (ب) حق المستأجر في حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعا يكون سببا في فسخ عقد الإيجار ، حتى يستوفي من المؤجر أو من المشتري التعويض الواجب له (م ٣٩٠ / ٢ / ٤٧٧) . (ج) حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة ، حتى يستوفي من المودع المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التي نشأت له عنها ، (م ٤٨٨ / ٢ / ٥٩٧) .

وهناك نصوص أخرى ، في غير التقنين المدني ، تعطى للدائن حق الحبس : (١) حق الوكيل بالعمولة في حبس البضائع التي تحت يده (م ٨٥ تجاري) . (ب) حق القبودان في حبس البضائع التي في السفينة (م ١٢٥ بحري) . (ج) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة في حبس العقار ، حتى يستوفي من نازع الملكية التعويض المستحق له . انظر في ذلك : الاستاذ صلاح الدين الناهي فقرة ١٧٥ من ١٨٤ هامش رقم ١ ، وفي القانون الفرنسي : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة من ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(٢) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبني على فكرة الرهن الضمني ، فمن انفق على شيء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضا أن يحبسها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكي الذي أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفي أجره أصلحها (١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤٤ من ٢٧٠) .

(٣) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ من ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير =

مصاريف لصيانتها (١) » •

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدني السابق • فحق الحبس هو الحق اتعيني (١) الذي يثبت لغير المالك على الشيء الذي في حيازته الى حين استيفاء دينه بتمامه • ومصدره نص في القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير ما نص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق • فأركان حق الحبس اذن ثلاثة :
١ — نص في القانون ينشئه ٢ — دين صحيح حال للحائز في ذمة المدين ٣ — شيء ممنوك للمدين تحت حيازة الدائن • ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق في الوقف • وقد يكون الشيء المحبوس مملوكا لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن • ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانوني ، لا خلصة أو غشا أو اكراها • ولما كان حق الحبس

= سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤١ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ •

(١) استئناف مختلط ١٣ ابريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ •

(٢) على أن الفقهاء عند تعرضهم للأثار التي تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقسيم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك الى القول بأن حق الحبس حق عيني من نوع خاص (sui generis) (الاستاذ محمد كامل مرسى في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) • وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها الى أن حق الحبس حق شخصي لا حق عيني ، وأنه لا يخول صاحبه مزية التتبع ، فاذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التي أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤١ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة اليه) • وانظر في أن حق الحبس حق عيني : محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ •

حقا. عينيا ، فانه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز ان له حق الحبس أن يتمسك بحقه في مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه اذا تخطى عن الحيابة اختيارا لم يجز له أن يستردها وفقد حقه في الحبس • ويتضمن حق الحبس أيضا حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقى الشيء في حيازته حتى يستوفي الدين الذى له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين (١) • ولكن حق الحبس ، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعا لاجراءات الشهر ، على خلاف فى رأى (٢) •

وقد حاول الفقه المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، أن يشكك فى عينية حق الحبس ، وأن يضع الى جانب هذه العينية فكرة أن الحق فى الحبس ليس الا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عينى ولا بحق شخصى • ولكن صراحة النصوص فى التقنين المدنى السابق كانت قاطعة فى أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقا عينيا • فلم تكن هذه المحاولات الفقهية الا بمثابة ارهاصات تؤذن بما يكون عليه

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التتبع ولا حق الاولوية ، وليس لصاحبه الا رفض التسليم ، واذا بيعت العين فلايدخل فى التوزيع الا كدائن عادى • ولكن من وجهة أخرى فإن دائنى صاحب العين وخلفاءه لايمكنهم رفع يد الحابس الا بعد سداد المبالغ التى له ، واذا بيعت العين لم يمكن المشتري تسلمها الا اذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس • فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العينى ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد ألا يسلم الشيء الا اذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ من ١١٧٤) •

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حىق الحبس الذى قد يكون للمقاول بالنسبة الى ما صرفه على العمارة لا يقتضى حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، الا اذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحا (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ من ٦٣٨) • وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقا عينيا ، لان ما يترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماما ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية ، أى حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلاينشأ هذا الحق الا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ من ٩٧٨ وهو الحكم الذى سبقت الاشارة اليه) •

المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدنى الى الرجوع بالحق فى الحبس الى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، ففسار على هذا النهج التقنين المدنى الجديد (١) .

٦٣٩ — الحق فى الحبس فى التقنين المدنى المصرى الجديد : هجر
التقنين المدنى الجديد نظرية التقنين المدنى السابق فى أن الحق فى الحبس حق عينى . وقد جارى انتقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث فى الفقه والتشريع (٢) ، وجعل من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ، ولا تتحصر فى حالات معينة تقتاثر فى النصوص المتفرقة . ذلك أن الحق فى الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن اذا كان مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الامكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تملها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة، وتمتد فى جذورها الى أعماق التاريخ فقد كان القانون الرومانى كما قدمنا يعالج الحالات التى تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (exceptio doli)

(١) وكنا ممن ينتقد ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، عينية الحق فى الحبس التى اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقة من ادفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) . ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق فى الحبس دفعا ساريا فى حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، اذا حبس عن مدينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس ، فإنه لا يثرى على حساب مدينه ، بل يتجنب أن يثرى المدين نفسه على حسابه هو (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وأسيمان ٦ فقرة ٤٥٩) .

(٢) انظر التقنين المدنى الالمانى (٢٧٢/٢٧٤ و ٣٢٠ — ٣٢٢) والتقنين المدنى الارجنطينى (م ٣٩٣٩ — ٣٩٤٦) . أما التقنين المسمى السويسرى (م ٨٩٥ — ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقا عينيا (انظر بتوع خاص م ٨٩٨) . وانظر فى حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء فى الفقه الاسلامى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملاً في المقاصة القانونية . فحيث يكون دائن مديناً لمدينه ، وتوافر في الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحاليين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفي الدين الذى له من الدين الذى عليه ، فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصاً بقدر الأقل منهما (١) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك في انعقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفي الدين الذى له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الوسيط (٢) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن يقف بتنفيذ التزامه من رد الوديعة الى المودع ، حتى يستوفي ما في ذمة المودع من مصروفات أنفقت في حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

(١) وتختلف المقاصة عن الحبس في امرين : (١) يشترط في المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة الى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهي وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين واحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودرى ودى لو ان فقرة ٢٢٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ — الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٨) .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الاول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — وانظر ايضا الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها — الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ — وتارن في التمييز بين الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد : كاييتان في السبب فقرة ١٢٦ — دى باج ٢ فقرة ٨٧١ — انسيكلوبيدى داللو ٤ لفظ Retention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ — فقرة ٣١ — الاستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، ما دامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose debita) كالخائز يحبس العين حتى يسقط من المالك (um rejunctum) المصروفات ومصروفات التحسين •

بل ان هناك ميلا عند بعض الفقهاء (١) للذهاب الى مدى أبعد من هذا ، واعطاء الحق في الحبس للدائن ما دام مدينا لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذى نقف عنده لاعطاء انحق في الحبس • ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لامن طريق انحق في الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنية عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له في ذمة دائنة — ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين • فإذا كان المدين محقا في دعواه الفرعية ، أجرى القاضى مقاصة قضائية ما بين الدينين • (ثانيا) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) للدائن اذا كان فى السوق ذاته مدينا لمدينه أن يحجز هذا الدين الذى عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، واذا حكم القاضى بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين • فما يصل اليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن اذا تطور الفكر القانونى أن يصل اليه عن طريق الحق

(١) انظر بنوع خاص كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ١٤٨٢ من ٩٣٦ مامش رقم ٢ •

في الحبس ، اذا بلغ هذا الحق في تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت في أي دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة (١) .

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد . فليس هو بالحق العيني ، ولا بالحق الشخصي (٢) . بل هو حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائئه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته اندفع بعدم تنفيذ العقد الذي يعتبر فرعاً عنه (٣) وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدني الجديد لكل دائن يكون مديناً في الوقت ذاته لدائئه ، فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له . ومن ثم نقل الحق في الحبس من المكان الذي كان له في التقنين المدني السابق إلى المكان الذي له الآن في التقنين المدني الجديد ، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان ، اذ هو إحدى وسائل الضمان في هذه الحالة الخاصة (٤) ، وكما أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقا أهمله المدين ، وفي الدعوى البوليصة حقا نقله المدين للغير غشا ، وفي دعوى الصورية حقا تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن في الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقا للمدين ترتب في ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة في هذا التحوير الذي أتى به التقنين

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

(٢) انظر هذا المعنى الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٦ — الاستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٧ — الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وقارن الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب الى أن الحق في الحبس حق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشئ المحبوس .

(٣) جوشران ٢ فقرة ١٤٧١ — انسيكلوبيدي داللوز { لفظ Rétention فقرة ٦ .

(٤) قارب في هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الفاهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

المدنى الجديد ، وانتقل بمقتضاء الحق فى الحبس من حق عينى الى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

١ — أصبح الحق فى الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد الى « أهوال لا تتناهى (١) » ، اذ هو دفع وليس بحق عينى أو حق شخصى .

٢ — تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة فى عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق فى الحبس حقا عينيا ، ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائما للحقوق العينية لا يظهران فى وضوح مصاحبين لهذا الحق العينى .

٣ — تنتهى بالتكييف الجديد مشكلة اجراءات الشهر ، فقد كان واجبا اذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عينى أن يكون خاضعا للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عينى ، ومن ثم لا يخضع لهذه الاجراءات .

فالتكييف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد اذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع الى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى (٢) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٦٤٨ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين الحالى (السابق) : انظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصرى (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به »

ونبحث الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد ، وفقا للخطة التي سار عليها هذا التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدني) • (ثانيا) ومن حيث الآثار التي تقترب عليه (م ٢٤٧ مدني) • (ثالثا) ومن حيث انقضاءه (م ٢٤٨ مدني) •

= الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان. وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقا في الحبس • وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في التقنين الحالي (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك كف له عموم التطبيق في أحوال لا تتناهى • فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا إلى حقه في الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨)

وجاء أيضا في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التي يملأ العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحمى بذلك ما ينطوي في ذلك البيان من اسراف في الحرج والتضييق ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٦١ من القانون المدني خولت للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق — وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ — أن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين • ولئن كان المعتمم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق، بل له أن يترىص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ ، إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد إلى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه • (نقض مدني في ١١ من نوفمبر سنة ١٩٦٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٥٩ ص ١٠١٨)

الفرع الأول

نشوء الحق في الحبس

٦٤٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بانتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٠٥/٦٣١ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدني السابق بالتقنين المدني الجديد في هذا الموضوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس في أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي أخذ بها النص ليست نظوية جديدة بل هي نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدقة في يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة . وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تز اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ٦٥١) — ص ٦٥٢ .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٠ — ٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٤٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٧١ — ٢٧٢ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣١٨ ، وفي التقنين المدني الأردني المواد من ٣٨٧ — ٣٨٩ (١) .

ويتبين من هذا النص أن للحق في الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٢٤٧ . مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي : م ٢٨٠ — ١ — للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستولي الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون ٢٠ — وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس العقود عليه وهو في يده ، حتى يقبض البذل المستحق .

م ٢٨١ : يجوز أن أتفق على ملك غيره ، وهو في يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، إن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به ٢ — فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص في جملتها تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري ، وإن كان التقنين المدني العراقي توخى أن يساير الفقه الإسلامي في تطبيقاته المختلفة للحق في الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هي القاعدة التي أتى بها التقنين المصري — انظر في شرح هذه النصوص في التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي ص ١١٠ — ص ١١٢) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري . **تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧١ :** أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك = (م ٩٣ — الوسيط ج ٢) .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس

٦٤١ — شرطان لنشوء الحق في الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق في الحبس . وهذا هو الجديد الذي أتى به التقنين المدني الحالي ، فقد كان حق الحبس في التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر ، اذ كان يعتبر في هذا التقنين حقا عينيا .

= الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضا طريقة التفرير (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن أو مدين معا في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيسام بما يجب عليه . م ٢٧٢ : ان حق الحبس لا ينحصر في كل من كان دائنا ومديونا بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضا في كل حالة يكون فيها الدين متصلا بموضوعه ، أي حيث يكون التلازم موجودا بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب ، فهو أي في حق الحبس يعود مثلا الى واضع اليد أو المستثمر أو التي محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الاموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الاشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الاشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، فقد جعل التقنين اللبناني من الحق في الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقا عينيا ، وتناول به حالتى الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه احراز الاشياء المفقودة أو المسروقة واحراز الاشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي . وأورد تطبيقات مختلفة للحق في الحبس نثرها في نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ . الخ . انظر في كل ذلك الدكتور صبحي الحمصاني في اثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٦ — ص ٤٩) .

التقنين المدني الكويتي : م ٣١٨ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة) .

التقنين المدني الاردني : م ٣٨٧ — م ٣٨٩ (مطابقة في حكمها لنص التقنين المدني المصري مع اختلاف في الصياغة) .

أما في التقنين الجديد فلا تحصر حالات الحق في الحبس ، ولكن تحصر الشروط التي إذا هي توافرت تنشئ الحق في الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط في شرطين اثنين : (أولاً) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين في ذمة الأول للثاني ، ودين مقابل له في ذمة الثاني للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين . ونستعرض كلا من هذين الشرطين .

٦٤٣ — الشرط الأول — دينان متقابلان : يجب أولاً أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول فيقف الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يسبب في الدين الذي له (١) .

أما الدين الذي في ذمة الشخص الأول — وهو المخل الذي يقع عليه الحبس — فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فاصبح مديناً بتسليمها إلى المشتري ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفي الثمن (٢) . ويصبح أيضاً أن يكون الدين محله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ متصور على ما تقليل من التزامات طرفي الاتفاق ومناطق ذلك إزالتها وهو ما لحكمة الموضوع : حق استظهاره : نقض مدني في ٢٢ فيبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض : المنة ٢٨ رقم ٩٦ من ٥٥٥

(٢) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولاً أو عقاراً (استثنائاً مختلطاً ، ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦٠ من ٢١٠) ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلاً لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولى عن ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لتعهد الجنائز أن يمنع عن تسليم جثة الميت أمره لعدم دفعه الأرصوفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لتعهد الجنائز أن يمنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة لا بيدان وفواران .
فقرة ٢٧٣ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ (٤١٠) =

شيء غير معين بالذات ، تقود أو أشياء مثلية ، كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملاً أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما اتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جاره من المرور في أرضه ، مقابل جعل معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجسار من المرور حتى يستوفى جعله (١) . على أنه لا يصح أن يكون محل الدين

= ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، ولكن ذلك ليس بشروط ، فقد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة — وهي ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر — حتى يستوفى الأجرة (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ — قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ — الدكتور منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول العينية رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٢ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(١) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨٦٢ من التقنين المدني تجعل للمالك الأرض المحبوسة حق المرور في الأرض المجاورة نظير تعويض عادل ، فإذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان للمالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .

ونرى مما تقدم أن نطاق الحق في الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التي يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدني الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم «بأداء شيء» (tenue à une prestation). ولفظ « شيء » ، الذي أريد به المعنى المقصود من لفظ Rétention يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل ، فليس من الضروري أن يحبس الدائن عيناً مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام ينقل حق عيني أو بعمل أو بامتناع عن العمل . وإذا كان التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) قد أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا مستشفى الولادة أن يحبس المولود عرف الحق في الحبس تعريفاً واسعاً قصص به أن يقاوم الحبس كل التزام أيا كان محله ، فلسنا نرى — خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ اسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدني المصري الجديد قد تخلف عن التقنين المدني الألماني في ذلك .

ملكا عاما ، استأجره شخص مثلا وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفي ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة انتفى أعد لها هذا الملك (١) . كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئا غير قابل للحجز عنه في الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه الا بقدر ما يكون قابلا للحجز عليه في هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ من تقنين المرافعات الجديد من أنه لا يجوز الحجز على الأجور والمرقات الا بمقدار الربع ، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون . ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٣٠٦ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة الا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها الا في دين من هذه الديون (٢) .

ولا يشترط في الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقدا ، فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو اثرأ بلا سبب أو نصا في انقانون . فاذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مدينا بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذي عليه مقدرا أن يحبس هذا الدين حتى يستوفي حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت

(١) أنسيكلوبيدي داللوز ٤ نفظ (Rétenion) فقرة ١٧ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٧ ص ٢٣٨ .

وقد اختلف في جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لان الحبس حق مؤقت لا يؤدي الى بيع العين المحبوسة ، فلا يتناقى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استثناءات اسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قضا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥) .

الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدنى على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عندة منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ... » . وفى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزام الأثرأ بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضا عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يخمس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ مدنى على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت مخلا لذلك أن يجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » . وفى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مضد نص في الشنانون ، وذلك في نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحدا من الأحكام التى قررناها ، وهى استثناء ورد في آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فان هذا النص يجعل لحائز الشئ حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشئ « الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » . فالتزام الحائز برد الشئ الذى جازه أو أجبره قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد

ما أنفق عليها • وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضا حبسه ، وذلك كالالتزام من تسلم بحسن نية عينا من غير حق فيلتزم بردها الى صاحبها ونه أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها • وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما اذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فانه لا يجوز له أن يحبسها حتى يستوفي ما أنفق عليها مادام قد حازها بعمل غير مشروع • بل يجب عليه تسليمها فورا الى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق (١) • لكن اذا حاز الشخص عينا مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين الى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفي ما أنفق من المصروفات (٢) •

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق فى الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر • فان مضى هذه المدة انما ينقضى بها حق الحائز الاصلى فى استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن لا ينقضى بها حق الحائز الاصلى فى استرداد حيازته بدعوى الملكية اذا كان مالكا ، وفى هذه الحالة لا يجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فان هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهنا الاساس الذى يقوم عليه الحق فى الحبس (انظر فى هذا المعنى الاستاذ اسـنـمـاعـيل خـانـم فى احكام الالتزام ص ١٨٢ هامش رقم ٣ — وانظر عكس ذلك الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) •

(٢) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٢ فقرة ثانية • هذا ويشترط فى الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادى للشيء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف فى محل تجارى أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها اليه حتى يستوفى أجره (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) • وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) • ويشترط أن يبقى الشيء فى يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فاذا خرج الشيء من يده بآرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) • وقصد يكون الدائن الحابس حائزا للشيء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية ، أو (possession) بمقتضى أنه يحوزه مجرد احراراز (détention) ، ويجب أن يكون الشيء =

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذي يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالاً لم يتم تنفيذه (١) . فإذا كان ديناً طبيعياً لم يجز الحبس من أجله ، والا كان في هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعي ، ولا جبر في تنفيذه كما قدمنا (٢) .

= المحبوس مستحق التسليم لدين الحابس سواء كان هذا الدين يملكه أو كان هو صاحب الحق في حيازته القانونية أو في مجرد احرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يحبسه عن مالكه ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة — وهي في حرزه لا في حيازته — عن الت اليه ملكيتها حتى يستوفى حقه في التعويض عند عدم نفاذ الإجارة في حق المالك الجديد (الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ — ص ٥٩٦ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه لا يصح اعتبار المستأجر حائزاً للعقار بسبب صحيح يجعله في حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتحسينها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التي هي عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصي حقاً عينياً على العين المؤجرة بما يقوم بصرفه في شئون أصلها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الاضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لجواز حبس الالتزام استناداً الى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً ، فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل التعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن يحبس التزامه استناداً الى هذا الدفع (نقض مدني في ٣ من مارس سنة ١٩٦٦ وفي ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقمي ٧٠ ، ٢٩٦ ص ٥٠٤ ، ٢٠٤٥) .

كما قضت محكمة النقض بأنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل التعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع . (نقض مدني في ٣ من يولييه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ١١١٨) .

(٢) بودري لو أن ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ — انسيكلوبيدي داللو ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

وان كان غير حائز ، فلا معنى لحبس الدين الأول الى حين استيفاء هذا الدين الثانى مادام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب (١) . ولكن

(١) فيشترط اذن ان يكون حق الدائن مستحق الاداء (انظر فى هذا المعنى ما يقوم عليه من مبررات الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩) . فاذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فانه لا يخول الحق فى الحبس (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط ان يكون مقدرا (liquide) ، فيثبت الحق فى الحبس الى ان يتم تقديره والوفاء به ، واذا كان ذلك مشروطا فى المقاصة القانونية فلان الدينين ينتضيان بقدر الاقل منهما فكان لابد من ان يكونا مقدرين ، ولا حاجة الى ذلك فى الحبس وهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجبه الضرورة فى ان يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٢ ص ١٠٢٨ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٩٢٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضى ان يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول امد الحبس (الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضى ان يقدر قيمة الحق مؤقتا فينتهى الحبس اذا اودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقتا الاشارة اليهما) . ويلاحظ الاستاذ سليمان مرقس أنه « اذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر فى حبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة لا تشترط ان تكون الاجرة حالة ، فما ذلك الا لان حق الحبس فى هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الاجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه فى الحبس ضرورى للمحافظة على امتياز ، فلا بد من ثبوت الحق فى الحبس فى هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، اى من وقت العقد ، ولو كانت الاجرة غير مستحقة الاداء » (الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) .

وغنى عن البيان انه يجب ايضا ان يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فاذا وقع نزاع جدى فى الحق الذى يدعيه ، لم يكن له الحق فى الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الاجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضا يدعى أنه يستحقه ، اذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها التضاء (الامتياز اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétenion فقرة ١٥٥) .

الحق في الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذا جزئيا (١) أو تنفيذا معيبا ، فما لم يكن التنفيذ تنفيذا كاملا سليما جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيبا جديا ، وأن يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءا غير تافه ، والا لم يجز الحبس . والقضاء رقيب على كل ذلك ، فاذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذي له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئي ، ومن ثم فقد استبقى حقه في الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب في التنفيذ أو تقدير ما يبقى من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما اذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه في الحبس (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » في الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا — ١٠٠٠ — جنيه — وتعهد بدفع جزء آخر — ٣٠٠٠ جنيه — في مدى شهر من التوقيع على العقد، بحيث اذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفعه او لاحقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم ايصال الفيلم الى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أي بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فانه يكون للطاعنة — رغما عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — اذا اكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعا لدعوى الطاعنة اذا هي رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدني ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠)

(٢) وقد رفضت محكمة النقض بانه لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب الى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع . فلا يباح للعائد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية وإنما يكفي في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل (نقض مدني ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام السنة ١٧ رقم ١٤١ ص ١٠٤٠) =

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تاليا لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول الى حين تنفيذ الالتزام الثانى (١) . فإذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل أن يستوفى الأجر ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه فى الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فان مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لا يصح أن يكون سببا فى إسقاط حق دائنه فى الحبس (٢) .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عينا أو دينا أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقدا أو عملا غير

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذى أبدى الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، اذ يمتنع عليه فى هذه الحالة أن يتبع بالدفع ويتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه . (نقض مدنى فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٩ ص ١٥٠٤) .

(٢) وكذلك اذا كان الدائن هو الذى تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدنى فى شأن المقاصة) فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل عن حقه فى الحبس ، فعلى المدين يقع عبء اثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (انظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدنى) ، فينتقل عندها العبء الاثبات الى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تاليا أو معاصرا لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقا على الحيازة ، لأن الحق فى الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Réention فقرة ١٨) .

مشروع أو اثرأ بلا سبب أو نصا في القانون • وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك (١) •

٦٤٣ — الشرط الثاني — قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفي أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذي بسطناه ، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين (٢) •

والارتباط نوعان : ارتباط قانوني (connexité juridique) وارتباط مادي أو موضوعي (connexité matérielle, objective) (٣) •

فالارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد استخلص من اوراق الدعوى ان مورث الطاعنين قد اخل بالتزامه عمدا وقصر في الوفاء به وجحد تعهده واعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا فانه لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام هو والذي اصر على عدم الوفاء به • (نقض مدني في ٤ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ — مجموعة احكام النقض السنة ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣) •

(٢) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — وفترة ٤٤٩ بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤ — ويذهب بودري ودي لوان مع اوبري ورو الى انه لا يكفي قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب ايضا أن يكون بينهما أصل مشترك (اوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٤) • ولكن الرأي الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (تولييه ٢ فقرة ١٣٠ — ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٥٠) •

(٣) انظر في الارتباط القانوني او المعنوي والارتباط الموضوعي او المادي: كاسان تعليقه في سيريه ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها — أنسيكلوبيدي داللون ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (ديدا) — الاستاذ سليمان مرفس في التأمينات فقرة ٤١١ — الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٠٥ — فقرة ١٠٧ •

الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية (١) أو غير تعاقدية (٢) . ذلك أن الارتباط يوجد أول ما يوجد ، ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين (٣) . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر (٤) . كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ أى التزام منهما قد يؤدي الى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ يبين مما أورده الحكم ان ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين انه اشتمل على عقدين احدهما عقد بيع والآخر عقد ايجار وان كلا منهما استوفى اركانه القانونية ومستقل عن الآخر ورتب على ذلك انه وقد ثبت ان المشتري قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع فانه يتعين على الطاعن البائع ان يوفى بالتزامه في هذا العقد وليس له ان يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه الى ان المطمعون عليها المشتري امتنعت عن تنفيذ التزامها في عقد الايجار بدفع الاجرة ، ذلك ان هذا الالتزام الاخير الذي يدعيه الطاعن انما هو التزام يفرضه عقد الايجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ، وانه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام او لبحث الاخلال به في هذه الدعوى اذ مجاله التداعي استقلالاً : نقض مدنى في ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض بالسبب ٢٨ رقم ٩٦ ص ٥٥٥ .

(٢) ولما كان الارتباط القانونى يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الافضل ان يطلق عليه « الارتباط التبادلى » .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه لايجوز لغير البائع ان يدفع دعوى صحة التعاقد يتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لان هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل الا من المتعاقد الآخر فاذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطمعون فيه من اعتبار العرض والايذاء الخاصين من المشتري صحيحين ومبررا لذمة هذا المشتري من الثمن ، فانه لا يقبل من المشتري الثانى الطعن على الحكم المطمعون فيه في هذا الخصوص مادام البائع قد اربضاه ولم يطعن فيه (نقض مدنى في ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٩٢ ص ١٩٢٢) .

(٤) وعن الارتباط القانونى عبرت الملة ١/٢٤٦ مدنى بقولها انه يجب ان يكون التزام الطرف الآخر « مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبطة به » وهذا التعبير يتجاوز الغرض الذى قصده المشرع . فليس يشترط ان يكون سبب التزام الدين هو التزام الحابس بأداء الشيء . فان ذلك لا يتحقق الا اذ كان الالتزامان قد نشأ من عقد ملزم للجانبين ، فى حين ان تطلق الحق فى الحبس لا يقتصر على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، بل هو لا يقتصر على دائرة العقود اطلاقاً . فيكفى اذن ان يوجد ارتباط بين الالتزامين ، ولا يشترط ان توجد علاقة سببية : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٠٥ .

عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد (١) ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وإن لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية ، وينبئ على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه (٢) . وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدى .

ففى الفصالة ب - وهى ليست بعقد - التزامات الفضول والتزامات رب

(١) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس. وقد خصص التقنين المدنى الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور كفاقدنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسى يزعم ، على العكس من ذلك ، الى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانونى فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصورا على صور الارتباط الموضوعى أو المادى (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذى اختاره التقنين المدنى المصرى الجديد قريب من تصوير التقنين المدنى الالمانى ، فالمادة ٢٢٠ من التقنين الالمانى تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعى (الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(٢) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس فى هذه الحالة ، ان كانت تجيز لكل من الطرفين « أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد طبقا للقواعد العامة المقررة فى حق الحبس » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه ، اذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الصحيح فى القانون — وعلى ما جرى به قضاؤها — هو أن التزام المشتري برد العقار المبيع بعد فسخ البيع انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن . بما مؤداه أن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع فى ثمنه من ثمار حتى يستوفى منه فوائد مادفعه من الثمن : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ١١٣ ص ٧٢١ .

العمل هي التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من انطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي التزامات الطرف الآخر (١) . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . ففي عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها الى المودع ، وقد يترتب في ذمة المودع التزام برد ما انفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة (٢) . ففي هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة في ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر في ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يجبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدرا الا لاحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد في ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتزام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض فمصدره الاثراء بلا سبب في حالة المصروفات والعمل غير المشروع في حالة التعويض . وهذا بخلاف العقد الملزم للجائزين ، فإنه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، في حالة الوديعة ، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء

(١) ومن العلاقات التبادلية التي لا تقوم على عقد أصلا علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمحجور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما انفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانويل وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٤٩ — الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ من ١٩٣) .

(٢) وفي بعض الاحوال قد يتحقق الارتباط المادي والمعنوي معا . فالوكيل أو المودع عنده ، اذا حبس الاشياء التي عهدت اليه بحكم الوكالة أو الوديعة التي أن يستوفي ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الاشياء ، له أن يستند — كأساس لحقه في الحبس — الى الارتباط المعنوي ، وله أيضا أن يستند الى الارتباط المادي ويختار أي نوعين من الارتباط وفقا لمصلحته : الاستاذ اسماعيل غانم ، السابق من ٢٤١٠ .

على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانوني (١) • (والأمر الثاني) أنه إذا كان الارتباط هنا ارتباطا قانونيا ، فهو أيضا ارتباط موضوعي اذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سنرى في الارتباط الموضوعي ، وننتقل الآن اليه (٢) •

فالارتباط الموضوعي أو المادي ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس — والالتزام برده هو أحد الدينين — قد نشأ بمناسبة ومرتبطا به (à l'occasion et en connexion) (٣) الدين الآخر • فالحائز ، اذا لم تكن بينه وبين

(١) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين في العقد الملزم لجانب واحد محل للنظر ، فكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أي التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر • والظاهر في الارتباط هنا أن يكون ارتباطا موضوعيا أو ماديا ، لا ارتباطا قانونيا أو تبادليا •

(٢) والارتباط الموضوعي هنا أكثر وضوحا ويزور من الارتباط القانوني كما سبق القول • انظر في الاحوال التي يتحقق فيها الارتباط القانوني والارتباط المادي معا : الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الاحوال حالتى الوكالة والمقاول • ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاول ، فالعلاقة التبادلية بارزة في هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانوني أو التبادلي أكثر وضوحا فيهما من الارتباط المادي أو الموضوعي

(٣) هذه العبارة الفرنسية أدق في أداء المعنى من العبارة التي وردت في النص العربي للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدني الجديد وقد جاءت على الوجه الآتي : « مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام الدين ومرتبطة به » • فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر • وقد كانت العبارة الفرنسية المقدمة الذكر هي المستعملة في المشروع التمهيدي في نصه الفرنسي ، وبقي النص العربي للمشروع التمهيدي بعبارة غير الدقيقة ، التي انتقلت منه الى النص النهائي للتقنين الجديد • ثم ترجم هذا النص النهائي غير الدقيق الى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة (à l'occasion) عبارة (ayant un rapport de causalité) وبذلك انتقل التحريف من النص العربي الى النص الفرنسي ، وبعد أن كان النص العربي وحده هو المعيب ، شمل العيب كلام من النص العربي والنص الفرنسي (انظر في هذا المعنى الاستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) •

المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذي في حيازته الى المالك . وقد يصبح دائئا للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التي أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين ، فحق الحائز نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ، ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضي التعويض (١) .

(١) وللتمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي أهمية من وجهين: ١ — في الارتباط المادي — في صورة استرداد المصروفات — يحتج بالحق في الحبس حتى على الغير الذي ثبت حقه قبل اتفاق المصروفات ، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته ففادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما في الارتباط القانوني وفي الصور الأخرى للارتباط المادي فلا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي ثبت قبل ثبوت هذا الحق . ٢ — في الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . أما في الارتباط القانوني فيشمل الحبس جميع الالتزامات التي على الدائن مدامت مرتبطة بالتزامات الدين ، وقد أوردت المادة ١٠٢ من المشروع التمهيدي — وهذا النص قد حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة في الحبس — تطبيقاً لهذا الحكم في عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لأجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفي أجره » . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما في الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادي ليحتج بحقه على الغير الذي ثبت حقه على الوديعة قبل اتفاق المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانوني ليحبس كل ما في يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه . انظر في ذلك : كاسان في تعليقه في سيريه ١٩٢٢ - ٢ - ٢٥ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٧ .

ويتحقق الارتباط المادي أو الموضوعي في إحدى صورتين : فاما أن يكون الحائز أو المحوز قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها ، واما أن يكون قد أصابه من الشيء ضرر يستحق عنه تعويض . وقد عني المشرع بالنص على الصورة الأولى من صور الحق في الحبس ، فبعد أن ضمن الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ القاعدة العامة في حق الحبس ، نص في الفقرة الثانية « ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محوزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء » (م ٩٤ — الوسيط ج ٢) .

أما إذا لم يقيم ما بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي ، فقد اختل الشرط الثاني للحق في الحبس ، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق (١) . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفي لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف (٢) ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو

= حتى يستوفي ما هو مستحق له « ، ومع أن الشرع لم ينص على الحالة الثانية للارتباط الموضوعي ، وهي حالة ما إذا كان الشيء قد سبب ضرراً نشأ عنه حق الضرر في التعويض . إلا أنه لا شك أن للضرر إذا كان الشيء في يده ، أن يحبس به إلى أن يستوفي ما هو مستحق له . إذ أن الارتباط متحقق في هذه الحالة . فإذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب فيه ضرراً كان للجار الحق في حبسه : الأستاذ اسماعيل غاتم ، المرجع السابق فقرة ١٠٧ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن المشرع لا يكفي في تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين ، وإنما يشترط أيضاً قيام ارتباط بينهما . وفي الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع الا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية او النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات الشيء أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات . (نقض مدني في ٢٧ من يولية سنة ١٩٦٣ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣٣ ص ٩٥٦) .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودي لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضي بأنه لا يحتج بالمقاصة في استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا في استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص إنما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق في الحبس ، فلا يصح الحبس من المقتصب لملك الغير ولا ممن أو تمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المقتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكة فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده .

ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والوديعة والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفي أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق في الحبس (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ٢ فترة ١٤٨٢ ص ١٣٦ هامش رقم ٢ — قارن أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٣٦) .

الذى تقف عنده لاعطاء الدائن الحق فى الحبس ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) .

على أنه اذا لم يقيم بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى على النحو الذى بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فتربط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يحبس ما فى ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فإنه لا يسرى فى حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضا نص فى القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجارى الألمانى والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى السويسرى بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤٤ — كيف يستعمل الدائن الحق فى الحبس عند توافر شرطيه :

واستعمال الدائن الحق فى الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى اعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء (٢) .

(١) ولايزال القانون المصرى محافظا على التصوير التقليدى لحق الحبس بوصفه حبسا لشيء مادى . فالمادة ٢٤٦/١ تفرض التزاما بأداء شيء يمتنع المدين به عن تنفيذه بأن يحبس الشيء فى يده ، الى أن يقضى له بحقه . وفى هذا قد تخلف القانون المصرى عن القانون الألمانى . فالمادة ٢٧٣ من التقنين المدنى الألمانى تعرف بحق الحبس تعريفا واسعا قصد به أن يشمل الحبس كافة أنواع الالتزامات أيا كان مضمونها . وهذا هو ما يقتضيه التضييق من دائرة الدفع بعدم التنفيذ . بحيث يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين كما هو الحال فى القانونين الألمانى والمصرى ، يتعين التوسع فى نطاق الحق فى الحبس حتى يشمل الحالات التى لا يتسع لها ذلك النطاق الضيق لعدم التنفيذ . الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استعمال الحق فى الحبس لا يقتضى اعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء (نقض مدنى فى ١٩ من يناير سنة ١٩٦٧ — مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣) .

بك أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا ، وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضا حقيقيا ، وانما يقتصر على وقف التنفيذ . فاذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . واذا تعدرت معرفة من هو البادىء في عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بايداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين (١) .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه في ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذا كاملا أو نفذ تنفيذا معيبا (٢) . ثم يتبين أن الجزء الذى لم ينفذ تافه الى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذى خطر (٣) . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق في الحبس ، اذا كان هو المتسبب بغشه أو باهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما

-
- (١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .
ويلاحظ أنه وان كان للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به اعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى ، الا ان هذا الحق لا يحرمه — ان كان دائنا للمتعاقد الآخر — من استصدار امر من القاضى المختص بتوقيع الحجز التحفظى تحت يد نفسه على ما يكون مديننا به لمدينه اعمالا لنص المادتين ٣١٦ و ٣٤٩ من قانون المرافعات : نقض مدنى فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ، ٢ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٦ .
(٢) نقض مدنى فى ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ — مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٤١ ص ١٠٤٠ .

- (٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى الخاصة بالمادة ١٦١ مدنى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ . وانظر آتفا فقرة ٦٤٢ .
بيد أن جانبا من الفقه يرى أنه لا يشترط أن يوجد تناسب بين قيمة الشيء المحبوس وبين مقدار حق الدائن الحابس فيجوز الحبس ولو كانت قيمة الشيء تزيد عما هو مستحق للدائن زيادة كبيرة مادام قد تحقق الارتباط بين حق الدائن والتزامه بأداء الشيء : راجع اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٣٥ .

لا يصح للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادئ في عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام .
كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفي منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينزع في أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة في الاشتراك هي محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها (١) .

المبحث الثاني

تطبيقات على الحق في الحبس

٦٤٥ — تطبيقات منصوص عليها في القانون وتطبيقات غير منصوص عليها — ندرة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدني الجديد قاعدة عامة للحق في الحبس على النحو الذي بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط في إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافاً للتقنين المدني السابق الذي اعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

= ولكن قضاء محكمة النقض جرى على غير ذلك إذ قضت تلك المحكمة بأنه لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً ، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع ، فلا يباح للمعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية وإنما يكفي في هذه الحالة انقضاء التزامه في الحدود العادية التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل (نقض مدني في ١٠ من مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٤١ من ١٠٤٠) .

(١) بلانيول وريبير وأسيمان ٦ نفرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ — نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٥٨ . وانظر أيضاً ٦٤٢ في الهامش .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدني الجديد بعض تطبيقات في نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك الى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق في الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته الى نصوص خاصة •

وفي كل طائفة من هذه التطبيقات — المنصوص عليها وغير المنصوص — نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ، وأخرى تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي (١) •

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها في القانون

١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٤٦ — مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التي تورد تطبيقاً للحق في الحبس هو النص الذي يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق في الحبس كما سبق القول • وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدني على أنه « في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » • وقد سبق أن بسطنا في شرح هذا المبدأ في الجزء الأول من هذا

(١) انظر الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء
فقرة ٢٤١ — فقرة ٣٢٣ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني
أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٣٩ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط
المادي أو الموضوعي) •

الوسيط ، فنكتفي بالاحالة الى ذلك (١) ، وننتقل الآن الى النصوص التي وردت في التقنين المدني كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ — حق البائع في حبس المبيع : نصت المادة ٥٩٩ من التقنين المدني على أنه « ١ — اذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال ، تلبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع » ١٠ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ » . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه « اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وفي هذه النصوص تطبيق هام للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) . فهناك

(١) الوسيط الجزء الاول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وانظر : استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٥ يونية سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .
وراجع أيضا مازو دروس في القانون المدني ، المرجع السابق فقرة ١١٢٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشتري بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا فانه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشتري بتنفيذهما حل من التزاماته (نقض مدني في ٣٠ من مارس سنة ١٩٦٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١١٤ ص ٧٤٣) .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن ، جاز للبائع أن يمتنع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل عقد بيع العقار المبيع : (نقض مدني في ٢٥ من يولية سنة ١٩٦٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٢١ ص ١٤٧٧) .

واذا هلك المبيع تحت يد البائع وهو حابس له حتى يستوفي ما له من ثمن ، كان الهلاك على المشتري — علما بأنه لم يتسلم المبيع — طالما أن البائع قد اعذره اذ أن عدم التسليم يرجع هنا الى خطأ المشتري : محمد علي عمران ، عقد البيع المرجع السابق ص ٢٣٠ .

دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع في تسليم المبيع للمشتري ودين المشتري في دفع الثمن للبائع • ودين المشتري دين حال — أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا — فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن • وهذا بخلاف ما اذا كان الثمن حالا ثم منحه البائع المشتري أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشتري هذا الأجل قد نزل عن حقه في الحبس ، فيسقط حقه في حبس المبيع ، الا اذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقع عبء اثبات ما اشترط (١) •

وفي هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذي سنراه يقرره في الحق في الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشتري أن يسقط حق البائع في حبس المبيع اذا هو قدم رهنا أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فان المبيع نفسه مثقل بامتياز للبايع ، فليس البائع في حاجة الى مزيد من الضمان ، وانما هو في حاجة الى استيفاء حقه •

ونرى أيضا في هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكما من أحكام الحق في الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشيء المحبوس في يد الحابس ، فان كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض ، وان كان بسبب أجنبي فهو على المالك ، والمالك هو المشتري (٢) •

٦٤٨ — حق المشتري في حبس الثمن : نصت المسدده ٥٧ من التقنين المدني على أنه « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك •

٢ — فاذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض

(١) انظر آتفا فقرة ٦٤٢ في الهامش •

(٢) ذلك ان الملكية قد انتقلت الى المشتري بالبيع ، فان كان المبيع عقارا ولم يسجل عقد البيع ، فالمشتري وان لم تنتقل اليه الملكية يعتبر في حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه •

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيبا في البيع . وهذا تطبيق آخر للحق في الحبس المتمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشتري ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبى مستندا الى حق سابق على انبيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب في المبيع . في كل هذه الأحوال يكون البائع ملزما بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعرض عن العيب . فهذا دين في ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتياطا تبادليا الدين الذي في ذمة المشتري بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشتري أن يحبس الثمن حتى يستوفي حقه من البائع ، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر (١) أو يتقضى المشتري تعويضاً عن

(١) وللمشتري الحق في حبس الثمن عن البائع في الحالات الثلاث الآتية : ١ — أن يتعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آل اليه بعد البيع من البائع . ٢ — إذا خاف المشتري أن ينزع المبيع من تحت يده ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يقع التعرض فعلا ، بل يكفي أن يخشى المشتري ولأسباب معقولة أن ينزع المبيع من تحت يده ، وأما مجرد التوهم الذى لا يقوم على أسباب جدية فإنه لا يكفي لاعطاء المشتري الحق في الحبس ٣ — وللمشتري أخيرا الحق في حبس الثمن إذا كشف عيبا في المبيع : راجع محمد على عمران ، المرجع السابق ص ٣١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع لم يقصر حق المشتري في حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء ، حتى يزول الخطر الذى يهدده ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له إذا كان في العقد شرط يمنعه من استعماله . (نقض مدنى في ١٩ من يناير سنة ١٩٦٧ — مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤ ص ١٤٣) .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٥٧/٢ من القانون المدنى ان المشرع أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى =

العييب • وتقدير جدية السبب الذي يولد الخشية في نفس المشتري من

= يخشى منه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى منه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترط ساقط الخيار . (نقض مدني في ١٤ من أبريل سنة ١٩٧٠ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٩٧ ص ٦٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كان يكون غير مالك للعقار المبيع ، كان من حق المشتري أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل عقد مشتراه من المالكين الأصليين حتى يستطيع بدوره نقل ملكية العقار المبيع الى المطعون ضده ، بل ظل هذا العقار على ملك المالكين الأصليين مع قيام خطر التصرف فيه الى الغير بعقد مسجل مما يهدد المطعون ضده بنزعه من تحت يده ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى في قضائه الى أن من حق المطعون ضده حبس باقي الثمن حتى يقوم الطاعن بتسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين ، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه . (نقض مدني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨) .

وقضت محكمة النقض كذلك بأنه في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذي يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله . (نقض مدني في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦) .

نزع المبيع من تحت يده هو من الامور التي يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض « (١) » .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس عينا معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين في ذمة الحابس نفسه يتمتع عن أدائه (٢) .
ويلاحظ أيضا أن المشرع هنا رجع الى تطبيق القواعد العامة في الحبس ، عندما أجاز للبائع أن يسقط حق المشتري في حبس الثمن اذا هو قدم كفيلا .

٦٤٩ — حق المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من المؤجر والمشتري للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى على أنه « ١ — لا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الايجار نافذا في حقه أن يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ٠ ٢ — فاذا نبه على المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الايجار ، فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد أن يتقاضى

(١) نقض مدنى في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٨ ص ١٢٧٨ ونقض ١٠ ديسمبر سنة ٧٥ المجموعة السابقة السنة ٢٦ رقم ٣٠١ ص ١٦٠٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفخوا التزامهم بتسليم الارض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه ازاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بيباقى الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب اى التزام على عاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الارض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها ، فان ذلك من الحكم خطأ في القانون ، ذلك ان الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك : (نقض مدنى في ٢٨ أبريل سنة ١٩٧٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٦٤ ص ٨٤٠) .

التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . وهذا تطبيق ثالث للحق في الحبس متمثلا أيضا في الدفع بعدم تنفيذ انعقد . ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الايجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الايجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين الى مشتر لا ينفذ الايجار في حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الايجار نفسه . فهناك اذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنها نشأت معا من عقد الايجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضا للمستأجر لاخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة الى المؤجر أو خلفه المشتري . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفي التعويض . وهذا الحق في الحبس ليس نافذا فحسب في حق المؤجر ، بل هو نافذا أيضا في حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشتري للعين المؤجرة (١) . فيجوز للمستأجر أن يبقى حابسا للعين المؤجرة حتى في مواجهة المشتري ، الى أن يستوفي التعويض اما من المؤجر ، واما من المشتري نفسه نيابة عن المؤجر اذا أراد المشتري أن يتعجل تسلم العين التي اشتراها (٢) .

(١) ولكننا سنرى ان الحق في الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص اذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق في الحبس . ولما كان المشتري للعين المؤجرة خلفا خاصا للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس — لأن حق المستأجر في التعويض فالحبس لم يثبت الا بعد فسخ الايجار بالبيع ، فحق المشتري على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر في الحبس — فقد كان الواجب ، طبقا للقواعد العامة ، الا يحتج المستأجر بحقه في الحبس على المشتري ، وانما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصا خاصا في القانون — المادة ٥٦٣ سالفه الذكر — هو الذي جعل الحق في الحبس هنا نافذا استثناء في حق المشتري . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) الى أن الحق في الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدما على الحق في الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر في حبس العين المؤجرة على المشتري مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

(٢) ويرجع المشتري على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، اذا كان لهذا الرجوع مقتضى في العلاقة ما بين المشتري والمؤجر .

وهنا أيضا يطبق المشرع القواعد العامة في الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر في حبس العين اذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشتري ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

٦٥٠ — حق المستأجر في حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب انتهاء الايجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٥٨ من التقنين المدني على أنه « ١ — اذا كان الايجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب انتهاء العقد قبل انقضاء مدته اذا جُدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا ، على أن يراعى من يطلب انتهاء العقد مواعيد التنبية بالاخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضا عادلا . ٢ — فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب انتهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كاف » . وهذا هو أيضا تطبيق تشريعى للحق في الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر في اعطاء تعويض للمستأجر لانتهاء عقد الايجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر في رد العين الى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه في التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق . وليس هذا الا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٥١ — حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفق عليها من المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويكون ذلك (أى الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره ، اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق

له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » • وهذا هو التطبيق الرئيسى للحق فى الحبس القائم على الارتباط المادى أو الموضوعى •

ويجب الرجوع ، فى تحديد الدينين المتقابلين فى هذا التطبيق ، الى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصت على ما يأتى : « ١ — على المالك الذى يرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية • ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » • وهاتان المادتان المشار اليهما فى آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما اذا كان الحائز الذى أنفق مصروفات نافعة على العين التى حازها كان حسن النية ، أى كان يعتقد عندما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سىء النية • فاذا كان حسن النية ، كان له أن يفرع ما أحدثه فى العين أو يبقيه ، ويخير المالك فى حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدنى) • أما اذا كان سىء النية ، فللمالك أن يطلب ازالة ما أحدثه الحائز فى العين على نفقة الحائز مع التعويض ان كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير فى هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدنى) • ويرى من ذلك أن الحائز (١) ، اذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعا من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سيئها • واذا أنفق مصروفات نافعة ، فان كان حسن النية ، كان على

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذى يضع يده على العين كمالك (possesseur) ، والمحرز الذى يحوز العين حيازة مادية (délenteur) دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة • وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : « ... لحائز الشيء أو محزره ... » •

المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة في ثمن العين بسببها . • وإن كان سوء النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة في ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث في العين مستحق الإزالة . • ففي جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : ١ — دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر في نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين (١) . • ومصدر هذا الدين هو الاثراء بلا سبب . • ٢ — دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الاثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما في حيازة الدائن المرتهن للعين التي ارتهنها رهن حيازة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ، وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما في حيازة الوصي لأعيان القاصر فانه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . • ففي هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق في الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . • فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذي تقدم ذكره (٢) . •

وقد قام خلاف ، في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كان

(١) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تملك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سوء النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سوء النية نزع ما استحدثه ولم يختار المالك استبقائه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

يـ. لـ

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٦٥١ .

الحائز سوء النية له الحق في حبس العين (١) . فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، إذ أعطى الحق في الحبس للحائز مطلقا ، حسن النية كان أو سوء النية ، وأن يكن التعويض المستحق للحائز سوء النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذي تقدم بيانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي : « فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على

(١) وكان الرأي الراجح هو أن للحائز سوء النية الحق في حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . انظر عكس ذلك وأن الحائز السوء النية ليس له الحق في الحبس : استئناف اسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما في فرنسا فالفقه منقسم : فمن الفقهاء من لا يجعل الحق في الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سوء النية ، مترسما في ذلك أثر القانون الروماني وتقاليد القانون الفرنسي القديم (توليه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق في الحبس للحائز حسن النية وللحائز سوء النية على السواء (ديولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لاثبات الحق في الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلا مشتركا للدينين ، لا يجوز استعمال الحق في الحبس لا للحائز سوء النية وللحائز سوء النية على السواء (ديولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودري وشوغو فقرة ٣٦٧) . أما القضاء الفرنسي فينكر الحق في الحبس على الحائز سييء النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللو ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللو ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يولية سنة ١٩٠٣ سيرييه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هتدا القضاء ، فيقول : أما ألا يعطى الحائز سوء النية تعويضا أصلا ، وأما أن يعطى تعويضا فيكون له الحق في الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس بحتما أن يكون الحائز سوء النية شخصا فاسد الذمة ، فالمستاجر للمعين والشريك في الشيوخ كلاهما حائز سوء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى . الا اذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة » . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، اذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضا . وليس له الا أن ينزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وان تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضا عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته ، مع اعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض ان كان له مقتض . وللمالك أيضا أن يستبقى ما استحدثه انحاء ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمة مستحق الازالة . ونرى — وان كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة — ان المالك اذا استبقى ما استحدثه الحائز في مقابل دفع قيمة مستحق الازالة ، كان الارتباط المادي قائما ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز ان يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ ، واذا كانت الفقرة الثانية هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب في المصروفات الكمالية أن تنزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (١) .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدني على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدني على أنه « اذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، واثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فان له أن يطالب بها المسترد » . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالي ليس هو نفسه الذي أنفق المصروفات ، بل الذي أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذي انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يستردها — على النحو المبين فيما سلف — من المالك الحقيقي عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالي أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ .

عليها في المادتين السابقتين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ... » . فإذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد حقه في حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا في دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضى الأجل الذى يمنحه القاضى في الحالات العادية (délai de grâce) وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — في أن الغرض المقصود بالتقسيط هو ألا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فقسط عليه التعويض تيسيرا له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حائسا له حتى يستوفى القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذى يمنحه القاضى مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، أما لأن الدين الذى فى ذمته غير حال ، وأما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ — حق صاحب العلو في حبس السفل بعد أن يعيد بناءه : وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التى أنفقت كانت ضرورية ، لا في حفظ الشيء ، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : في إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا كان هناك بناء ، له صاحب العلو وصاحب السفل ، وإنهدم ، وجب أن يبدأ صاحب السفل في إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفى حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدنى على هذا الحكم في العبارات الآتية : « ٢ — إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ٢٠ — وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنح صاحب

السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن في ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » .
ويلاحظ أن الحق في الحبس هنا قد يقتصر ، باذن من القاضي ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفي حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق في الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التي نحن بصدددها .

المطلب الثاني

تطبيقات غير منصوص عليها في القانون

٦٥٣ - تطبيقات تذكر لا على سبيل الحصر : ولما كانت القاعدة العامة في الحبس الواردة في الفقرة الاولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع في التقنين المدني الجديد عن الاكثار من ايراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التي أسفلنا ذكرها ، وترك الباقي للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيكتفى فيها بأعمال القاعدة العامة ، وغنى عن البيانات أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، اذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويكفى فيها تطبيق القاعدة العامة في الحبس .
ونترك جانبا حق الحبس في رهن الحيازة ، فهذا قد نظمته القانون (١) . وهو يختلف عن الحبس الذي نحن بصددده في أنه يقتصر بحق عيني هو حق الرهن ، ومكان دراسته في الرهن الحيازي . كذلك نترك جانبا حقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقا في الحبس مصحوبا بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر (٢) وحق امتياز صاحب الفندق (٣) ، فهذه مكان دراستها في حقوق الامتياز .

(١) انظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدني .

(٢) انظر المادتين ٥٨٦ و ١١٤٣ من التقنين المدني .

(٣) انظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدني .

ونميز هنا أيضا ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي وتطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي :

٦٥٤ — حق المؤجر في حبس العين المؤجرة وحق المستأجر في حبس الأجرة : في عقد الايجار ، وهو عقد ملزم لـلجانبيين ، اذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيه^(١) . وهذا تطبيق لبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق في الحبس ، ثم يرد فيه نص وليس في حاجة اليه .

والذى يقف النظر عنده في هذا التطبيق أن اتعين المحبوسة هي ملك للدائن الحابس ، فالمؤجر يحبس العين التى آجرها وهي في الكثرة انغالبه من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقا للحق في الحبس ، يبدو غير مستقيم في عهد التقنين المدنى السابق الذى كان يعد حق الحبس حقا عينيا ، اذ المالك لا يكون له حق عينى على ملك نفسه غير حق الملكية^(٢) . أما في ائتنين المدنى الجديد ، حيث الحق في الحبس لا يعتبر حقا عينيا بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، اذا لم يكن مشروطا تعجيل الأجرة قبل تسليم المدين .

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ من ٦٦ (في عهد التقنين المدنى السابق كتطبيق لبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .
(٢) الا في حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) مندا يحل محل الدائن المرتهن في العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

٦٥٥ — حق المستأجر في حبس العين المؤجرة للتحسينات التي

استحدثها : نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدني على أنه « ١ — إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزام المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الايجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة انقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك • ٢ — فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر ازالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الازالة ان كان للتعويض مقتضى • ٣ — فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره الى أجل نلوفاء بها » . فهذا النص يميز بين ما اذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته • ففي الحالة الاولى يخير المؤجر في أن يدفع للمستأجر اما ما أنفقه هذا في التحسينات واما ما زاد في قيمة العقار بسببها ، وللمستأجر ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي من المؤجر احدى القيمتين المشار اليهما • وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب ازالة التحسينات مع التعويض ان كان له مقتضى ، وبين استبقاء هذه التحسينات في مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما • فإذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد احدى القيمتين الى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي ما له في ذمة المؤجر • فإذا نظر المؤجر الى أجل ، تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق في حبس العين لان الدين المقابل أصبح غير حال ، قياسا على ما قدمناه في حالة ما اذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقا للمادة ٩٨٢ (١) •

(١) انظر انفا فقرة ٦٥١ •

٦٥٦ - حق المتقايض في حبس ما قايض به : في عقد المقايضة يلتزم

كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشئ الذى قايض به ، وتبرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدنى) • فيجوز اذن لكل من المتقايضين ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ، أن يحبس الشئ الذى قايض به حتى يقبض الشئ الذى قايض عليه • ولما كانت أحكام البيع تسرى على المقايضة ، فان الأحكام المتعلقة بحبس اثبائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها ، تنطبق هنا (١) •

٦٥٧ - حق الواهب في حبس الهبة وحق الموهوب له في حبس

العوض : نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبى أم للمصلحة العامة » • فهنا التزامان متقابلان أحدهما بالآخر ارتباطا تبادليا : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض • فيجوز اذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذى فى ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من التزام •

٦٥٨ - حق الما قول فى حبس العمل وحق رب العمل فى حبس

الاجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على أنه « يستحق دفع أجره عند تسلم العمل ، الا اذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » • فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطا تبادليا : التزام الما قول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة • فيجوز اذن

(١) ويمكن القول بأن حق المتقايض فى حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (٤٥٩ مدنى) ، اذ ان المادة ٤٨٥ مدنى تنص على أنه « تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشترى للشئ الذى قايض عليه » •

لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر (٢) .

٦٥٩ - حق الموكل في حبس الاجرة والتعويض وحق الوكيل في حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة » . ونصت المادة ٧١١ على أن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا » . ونصت المادة ٧٠٦ على أنه « ١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه » ٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » . فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا تبادليا ومصدرها جميعا عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة (٣) . فيجوز إذن ، تطبيقا لقاعدة الحق في

(١) وقد كان المشرع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة اليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : « اذا كان العمل متعلقا بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الاجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الاشياء التي يكون رب العمل قد سلمها اليه لاجراء العمل ، وذلك الى أن يستوفى أجره » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سسببق القول (انظر انفا فقرة ٦٤٢ في الهامش) .

(٢) انظر في عهد التقنين المدني السابق ، وكطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المصاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

(٣) ومثل ذلك ايضا الوكيل الذي يلتزم بمقتضى عقد الوكالة بأن يؤدي للموكل كافة ما تسلمه لحسابه . والوكالة ان كانت بغير اجر ، فانها لا تلزم سوى الوكيل . ولا يلتزم الموكل بمقتضى عقد الوكالة ذاته بأي التزام =

الحبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من التعاقد الآخر (٢) .

٦٦٠ — حق المستعير في حبس العارية وحق المعير في حبس ما في

ذمة المستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدني على أنه : « ١ — اذا اضطر المستعير الى الانفاق للمحافظة على شيء اثناء العارية ، التزم المعير أن يرد اليه ما انفق من المصروفات + ٢ — اما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحسوز اشيء وهو سيء النية » . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي : « ولاضمان عليه (على المعير) كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه اذا تعمد اخفاء انعيب أو اذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك » . ونصت انفقة الاولى من المادة ٦٤٢ على أنه « متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، وذلك دون اخلاف بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف » . فهذه أيضا التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعرض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين في النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى

= مقابل ، غير أنه مسلسل الموكل ان يريد للوكيل ما انفقته في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (المادة ٧١ مدني) والتزام الموكل هنا لم ينشأ عن عقسند الوكالة بل مصدره واقعة الانفاق بوصفها فعلا نافعا استتفاد منه الموكل : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ١٠٦ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع ، وكانت تجسري على الوجه الآتي : « للوكيل الحق في حبس الاشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضمانا لتنفيذ الموكل لالتزاماته » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لان حكمها مستفاد من قواعد الحبس » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٢) انظر في عهد التقنين المدني السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣م ٤٦ ص ٢١ .

نص خاص (١) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفي ما في ذمة المير بسبب المصروفات أو بسبب التعيوب الخفية .

٦٦١ — حق حافظ الوديعة في حبسها وحق المودع في حبس ما في ذمته الوديعة : نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي : « على المودع أن يرد الى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء ، وعليه أن يعرضه كل مال حقه من خسارة بسبب الوديعة » . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه ، الا اذا ظهر من العقد أن الاجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أى وقت ، الا اذا ظهر من العقد أن الاجل عين لمصلحة المودع » . فهنا أيضا التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعرض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الاحوال (٢) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفي ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ٦٧٢ هامش رقم ١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع الا مقابل استيفاء ما أنفقه من المصروفات الضرورية أو النافعة على ذات الشيء المودع ، اما المصروفات التي لا تتفق على ذات الشيء المودع فان التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ امتناعه عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء هذه المصروفات (نقض مدني في ٢٧ من يونيو سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ١٢٣ ص ٩٥٦) .

٦٦٢ — الحبس في حالة إبطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢.

من التقنين المدني على أنه « ١ — في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل ٢٠ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد » . ونصت المادة ١٦٠ على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وفى جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ترتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (١) ، أن يحبس ما فى يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له فى يد هذا الطرف (٢) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد ، وذلك طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها تطبيق للقاعدة العامة فى حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق كتومع فى حق البائع فى حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايسو سنة ١٩٢٦ المحسامة ١٧ رقم ٢٢٢ ص ٦٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعهد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن إلا أن حق المشتري فى الحبس ينقضى بوفاء البائع بالتزامه .

(نقض مدنى فى ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٤ ص ١٢٢٩) .

وتطبيقا لما تقدم نصت المادة ٦٨ من التقنين المدنى ، فى بيع ملك الغير ، على أنه : « اذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » .

فيجوز إذن للمشتري أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفى هذا التعويض (١) . ونصت المادة ٥٠٣ ، فى الهبة، على أنه « ١ — يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

٢ — ولا يرد الموهوب لسه الثمرات الا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشيء الموهوب » . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع فى الهبة ، يلتزم برد الشيء الموهوب مع ثمراته ، يلتزم الواهب برد المصروفات التى أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين فى النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفق من المصروفات (٢) .

(١) على أن الحبس فى هذه الحالة يكون فى مواجهة البائع لملك الغير ، لا فى مواجهة المالك الحقيقى . وكذلك اذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن الا فى مواجهة البائع ، وهذا يقتضى أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية الى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التسليم تجسوزا للمشتري بحق حبس العقار المبيع اذا فسخ عقده حتى يستوفى ما قدمه من ثمن ، قياسا على حق البائع فى الحبس ، يجب الا يفرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية الى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ فى الاوضاع القانونية او تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما اذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية الى البائع ، والا أدى القول بذلك الى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينزعه المشتري من المالك الحقيقى ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٢٦ المحصاة ١٧ رقم ٢٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذى تقدمت الاشارة اليه فى الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلى (انظر فقرة ٦٧٤ فى الهامش) أن المالك للمعين المحبوسة لا يحتج عليه بالحبس اذا لم يكن هو المدين للحابس .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان التزام المشتري برد الارض المبيعة =

٦٦٣ - الحبس في حالة الفضالة : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدني على أن « يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به » . ونصت المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي ولو لم يتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا اليها فوائد ما من يوم دفعها ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي اجرا على عمله الا ان يكون من أعمال مهنته » . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولي ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولي يلتزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة بتقديم حساب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعن النفقات التي سوغتها الظروف وعن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من الطرق الأخر (١) .

= بعد فسخ عقد البيع - انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشتري برد ثمرات العين المباعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فان من حق المشتري ان يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفي منه فوائد ما دفعه من الثمن (نقض مدني في ٢٧ من يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٥ ص ١٢٢٤) .

(١) انظر انفا فقرة ٦٤٣ - هذا يجوز للوكيل بالعمولة ان يحبس البضائع والاوراق التي اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفي منه الثمن والعمولة (بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامي ان يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفي اتعابه ، بل ويجوز له ، وفقا =

٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٦٤ — الحبس فى حالات الالتصاق : سبق الكلام فى حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات (١) . فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ الى ٩٢٦ من التقنين المدنى ببيان الحكم فى ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سىء النية . فإذا كان حسن النية ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا كان الحائز سىء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، أو أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض . وفى الحالات التى يستبقى فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطا ماديا ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التى اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل من الطرفين ، تطبيقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق (٢) .

٦٦٥ — حبس المشتري للعين المشفوع فيها : نصت المادة ٩٤٦ من

= للقضاء الفرنسى ، أن يحبس ايضا عن الموكل المستندات والاوراق الاصلية (نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللو ٧١ — ١ — ٤٠) . ولكن المادة ٢٩ من قانون المعاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) فى مصر لا تبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به اليه من مستندات واوراق أصلية الى أن يستوفى ماله من ائعاب . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التى ذكرناها يرجع فيها الى القاعدة العامة فى الحبس ، فنكتفى بما قدمناه .

(١) انظر انفا مقرة ٦٥١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدنى أن لحائز الشيء الذى اتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له يعستوى فى ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون بهذا النص الحق فى الحبس للحائز مطلقا ، =

التقنين المدني على أنه « ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له اما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الازالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما اذا كان المشتري بنى أو غرس قبل اعلان الرغبة في الشفعة ، أو بعد اعلان هذه الرغبة . ففي الحالة الأولى يكون المشتري حسن النية ، فله الخيار في أن يسترد من الشفيع اما المبلغ الذي أنفقه فعلا أو ما زاد في قيمة العقار . وفي الحالة الثانية يكون المشتري سيئ النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الازالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك اذن الترامات متعاقبة مترابطة ترابطا ماديا ، فعلى المشتري أن يرد العين المشفوع فيها الى الشفيع ، وعلى الشفيع أن يرد الى المشتري في مقابل البناء أو الغراس احدى القيم السالفة الذكر . فيجوز اذن للمشتري ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفي القيمة المستحقة .

٦٦٦ - حق المشتري في المنقول المسروق أو الضائع : نصت

المادة ٩٧٧ من التقنين المدني على أنه « ١ - يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله ، اذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ - فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد

= وبذلك يثبت لمن اقليم منشآت على ارض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون : نقض معنى في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٢٣ من ١٢٨٧ .

اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه » . ويتبين من هذا النص أن من يشتري بحسن نية شيئاً مسروقاً أو ضائعاً في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله لا يلزم برد الشيء الى مالكه الا اذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشتري الثمن الذي دفعه . وليس بين المشتري والمالك أية علاقة غير حيازة المشتري للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشتري دائماً باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشيء الذي يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادي أو موضوعي ما بين التزام المشتري برد الشيء الى المالك والتزام المالك برد الثمن الى المشتري ، فيجوز إذن للمشتري ، طبقاً لقاعدة حبس ودون حاجة الى نص خاص (١) ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه الثمن (٢) .

٦٦٧ — المنتفع في حبس العين : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدني على أن « ١ — المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة » . أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فان كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة في العين المنتفع بها

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشتري أن يطلب من المالك « أن يعجل له الثمن الذي دفعه » . فتعجيل الثمن يفيد أن المشتري يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفي الثمن (انظر الاستاذ اسماعيل غاتم في احكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١)

(٢) انظر في عهد التقنين المدني السابق : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

تكون على المالك لا على المنتفع ، فإذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان ترابطا ماديا : التزام المنتفع برد العين المنتفع بها الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقته المنتفع في التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمنتفع ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة الى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك (١) .

الفرع الثاني

الأثر الذي تترتب على الحق في الحبس

٦٦٨ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » .

(١) انظر خلافا في الرأي في فرنسا في بودري ودی لوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء في فرنسا لا يسير في حق الحبس الى مداه المنطقي . فقد رأيناہ ينكر هذا الحق على الحائز سييء النية (انظر انفا فقرة ٦٥١ في الهامش) . وهو ينكر أيضا هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، اذا نزعت ملكيته ، ضمنا بالمصروفات التي أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللو ٨٢ — ١ — ١٦٨ — محكمة بورديو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللو ١٩٠٦ — ٢ — ٤٠٩ — ترولون ٣ فقرة ٨٣٦ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ — أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٦ مكرة — بلايول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٢ هامش رقم ١ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ — وانظر عكس ذلك في أن لحائز العقار المرهون الحق في الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠) أما في مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « يلتزم الراعي عليه المزاہ أن يرد الى الحائز الذي تزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك الى جانب التزاماته بالثمن الذي رتبته به المزاہ وبالمصروفات التي اقتضتها اجراءات التطهير » . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى =

« ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لاحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » .

« ٣ — واذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء في بيعه وفقا للاحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها في جملتها دون نص ، الا ما يتعلق بالفقرة الثالثة التي تنص على حالة من أحوال الطول العيني ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص في عهد التقنين المدني السابق .

= هذه الحقوق ، تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة الى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف في فرنسا في حق الوارث الظاهر في أن يحبس ما في يده من أعيان التركة اذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقي منه هذه الاعيان ، فلو ارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقي بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين وليس له هذا الحق عند اللذين يشترطون فوق الارتباط الاصل المشترك (انظر في هذه المسألة بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما في مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق في الحبس ، دون حاجة الى نص خاص ، لقيام الارتباط للمادى ما بين الدينين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا لاحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن رهن حيازة » ٢ — اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء في بيعه وفقا للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع التمهيدي يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر في حق الدائن المرتهن حيازة ، وقد رؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص الى جانب ذلك تعديلا لفظيا جعله أدق في أداء المعنى ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٠ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني ٢٧٤ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٣١٩ و ٣٢٠ ، وفي التقنين المدني الأردني المادتين ٣٩٠ و ٣٩١ (١) .

والنص الذي نحن بصدده ، وكذلك النص التالي الذي يبين أسباب انقضاء الحق في الحبس ، إنما يعرضان للحالة التي تحبس فيها عين معينة بالذات في دين مرتبط بها ارتباطاً قانونياً أو ارتباطاً مادياً . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هي التي تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها في الجزء الأول من هذا الوسيط (٢) . ونقتصر هنا على الحالة التي يكون فيها الشيء المحبوس عيناً معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، يتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٨ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٢٨٣ (متفقة في الحكم مع نص التقنين المدني المصري ، ولا يوجد الأبعض خلاف لفظي — وانظر في شرح المادة الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٤) .
التقنين المدني الليبي م ٢٥٠ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٤ : « أن حق الحبس / مع مراعاة الحالة الخاصة المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزع خفية أو بالعنف) ، لا يمنح صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلي عن الشيء أية كانت شخصية المعارض » . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في الحكم ، وإن اختلف في اللفظ — انظر في هذا المعنى الدكتور صبيح المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥١ — ص ٥٢) .
التقنين المدني الأردني م ٣٩٠ و ٣٩١ : مطابقتان في حكمهما لنص التقنين المدني المصري .

التقنين المدني الأردني م ٣٩٠ و ٣٩١ : مطابقتان في حكمهما لنص التقنين المدني المصري مع خلاف في الصياغة .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

المبحث الأول

حقوق الحابس للعين

٦٦٩ — علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : زميز — في بسط
حقوق الحابس للعين — بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عادة المدين
الذى تحبس العين في دينه ، وعلاقة الحابس بالغير •

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة
لنشوء الحق في حبس العين ، أصبح للدائن الحق في حبس هذه العين
عن مالكها (١) ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم

(١) وذلك دون حاجة الى حكم او حتى الى اصدار كما سبق القول (انظر
انفا فقرة ٦٤٤ — استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) •
وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان العقد المصبر بين مدين ودائنه (بنك
التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد الى البنك مطلوبه على أقساط
وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه
برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين
بعد حصول الرهن وقيدته واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق
عينى مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف
على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث اذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه
المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية
المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم
ارتباط البنك فى التقسيط وبإحقيقته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على
المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رسميا بالوفاء ، فان
هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شيء (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧ ص ٣٦) •

بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز (١) .

وتبقى العين محبوسة في يد الحائز حتى يستوفي هذا كل حقه (٢) .
فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على
العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفي من المالك جميع الحقوق
التي قررها له القانون والتي سبق بيانها (م ٩٨٠ مدني) . ذلك أن
الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible) (٣) شأنه
في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفي الحائز جزءا
من الدين ، فإن الحائز يبقى حابسا للعين كلها
حتى يستوفي الباقي بأكمله (٤) ، ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم

(١) ولا يترتب على الحبس بذاته انقضاء الالتزام ، فهو امتناع مؤقت عن
تنفيذ الالتزام وذلك على عكس المقاصة التي يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر
الاقل منهما ، وإنما يريد الحابس ، عن طريق رفض تسليم الشيء ، أن يحمل
الدين على الوفاء بالتزامه وفاء عاديا : الاستاذ اسماعيل غانم المرجع السابق
ص ٢٤٥ .

(٢) أو يعرضه المدين عرضا حقيقيا يقبله الحابس أو يحكم بصحته
(الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفي
أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن في خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥
مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم
المقدار ، جاز للمدين أن يطب من القاضي الآن له في ايداع خزانة المحكمة مبلغا
كافيا ، يقدره القاضي ، على ذمة الدائن يفي بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين
بعد الايداع اجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣
م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الاستاذ اسماعيل
غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١١ ص ٢٤٥ — وانظر انفسا فقرة ٦٤٢ في
الهامش) .

وللمدين بمقتضى المادة ٢٤٦ / ١ مدني أن يجبر الحابس على تسليم
الشيء إذا قام « بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه » ، ولا فرق في ذلك بين تأمين
شخص كالكفالة ، وعيني كالرهن . ولكن بشرط أن يكون التأمين كافيا ،
ولقاضي الموضوع أن يفصل — عند النزاع — في مدى كفاية التأمين الذي
قدمه المدين : اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٦ .

(٣) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم
١٥٨ ص ١٠٢٦ — ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنع
بعضها وسلمه اليه قبل أن يتسلم أجره ، فإن له أن يحبس الباقي حتى يستوفي
كل الاجر ، ويدخل في ذلك الاجر عن الجزء الذي سبق له تسليمه (أوبري ورو
٢ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ١٦٣ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤
ص ٢٢٣ — ص ٢٢٤ — بلانويل وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .

على ورثته بعد موته — وهذا لا يقع في الفقه الاسلامي وانما يقع في القانون الفرنسي — فان الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفي من كل وارث نصيبه في الدين • على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف في استعمال حقه في الحبس ، فلو أن الباقي من الدين كان جزءا قليلا تافها ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها في هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لملكها مع مطالبته بالباقي من الدين (١) •

وما ذكرناه في حق المالك يسرى في حق ورثته ، فللحائز حبس العين في مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفي كل حقه (٢) • وكذلك ينتقل الحق في الحبس من الحائز الى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين الى أن يستوفوا حقهم الذي انتقل اليهم من مورثهم •

٦٧١ — لا يعطى الحبس بمجرد حقه امتياز للحابس : على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ،

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضي الامور المستعجلة اذا كان واضحا أن الباقي من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحا أن الدين الذي حبست العين فيه ليس بجدي ، أن يقضى برد العين الى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) • ويجوز أيضا اذا تيسر ذلك ، أن يستبقى الحائز جزءا من العين يتناسب مع الجزء الباقي من الدين محبوسا في يده • ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التي كانت سببا حافزا للتعاقد وهذه هي التي يجسوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا محل للحبس فيها ، فاذا تعهد المؤجر بحرث الارض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الأيجار (الفيوم الكلية ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) • وتقضى المحاكم في فرنسا بأن المهندس أو المحامي الذي يحبس مستندات لعمله ، ويكون من الضروري تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل يلزم بتسليم هذه المستندات الى أمين يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردّها ثانية الى من تسلمها منه (نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠٦ — ١ — ٩ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٤ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٥)

(٢) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٦ •

وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه (١) » وهذا هو الجوهرى في الحبس ، فهو ليس بحق عينى كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقا عينيا — كما كان فعلا في التقنين المدنى السابق — فإنه بمجرد لا يجعل للحايس حق امتياز (٢) . ويترتب على ذلك أن الحايس اذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فانما ينفذ عليها كدائن عادى لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين في الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبرا في دينه ، فقد نزل عن حقه في الحبس ، لأنه لا يستطيع — وهو الذى طلب البيع — أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه الا الثمن الذى رسا به المزاد يستوفى منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له (٣) .

ولكن اذا بقى الحائز حابسا للعين ، ولم ينفذ عليها ، فان حقه في الحبس يبقى قائما ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبرا لمن رسا عليه المزاد . ففى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز في حبس العين قائما فى مواجهة

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

(٢) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له ايضا حق امتياز بموجب القانون ، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد ابنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) . ففى مثل هذه الاحوال يتقدم الحايس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه فى حبس العين ، بسبل بمقتضى ما أثبتته له القانون من حق الامتياز .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ .

المشتري من المالك أو في مواجهة الراى عليه المزاى (١) ، على تفصيل سياى بىانه عند الكلام فى علاقة الحابس بالغير • ولا يبقى الا توفىة الحابس حقه كاملا اذا لم يكن هو الذى نفذ على العين ، وينتهى الحق فى الحبس فى هذه الحالة الى النتيجة الفعلية التى ينتهى اليها حق الامتياز (٢) •

٦٧٢ — حبس الثمرات : واذا كانت العين المبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز الا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها فى ذلك شأن العين نفسها (٣) • وسرى فى واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين الا اذا كانت بطبيعتها تنتج غلة • فاذا باع

(١) استئناف مصر فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الاشارة اليه) — وقارن : استئناف مصر ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٢٨ • وانظر : الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٦ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ •

(٢) استئناف امصر ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ وهو الحكم السابق الاشاره اليه — استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ — الاستاذ عبد الحى حجازى ٢ ص ٢٢٠ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ •

فالحبس اذن حالة مؤقتة تنتهى اما الى اذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، واما الى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المبوسة • وقد تنتهى الى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هى حالة نهائية لا مؤقتة • وقد يتخلف عن الحبس اثر دائم كما فى العقد الزمنى أو المستمر (contrat successif) فان شركة النور مثلا اذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا اثر دائم لا سبيل الى الرجوع فيه (بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) •

(٣) وتبقى الثمرات والغلة ملكا لصاحب العين ، ولا يحرم هذا الامن حق الاستعمال لانه يتعارض مع الحق فى الحبس • وتعتبر العين وغلتها داخلة فى الضمان العام لدائى المالك فيجوز ، كما قدمنا ، لائ دائى التنفيذ بحقه عليها ، بشرط الا يخل بالحق فى الحبس (بيدان وفواران فقرة ٢٨٢ — الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠) •

الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه في حبسها كما رأينا يفقد هذا الحق اذا ما نفذ على العين .

ولكن اذا كانت الغلة معرضة للتلّف ، جاز للحائز استئذان القاضي في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابسا له حتى يستوفي حقه (١) . ولكن لا يتقدم في هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء اذا اراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقا بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضي لأنها معرضة للتلّف وفي هذه الحالة يبقى حابسا للثمن الذي يقوم مقام الثمرات ، فاذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس في يده زاحمه الغرماء (٢) .

المطلب الثاني

ملاقة حابس الدين بالغير

٦٧٣ — الدائنون العاديون : رأينا فيما قدمنا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس في حقهم كما كان يسرى في حق المالك مورثهم . أما الدائنون العاديون للمالك فهو لا يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس في حقهم أيضا كما يسرى في حق المالك . فلو أن دائنا عاديا للمالك — أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخرا عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أو متقدما على

(١) قياسا على بيع العين نفسها اذا تعرضت للتلّف كما سيأتي (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩) .

(٢) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة الى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثمارا كاملا ، وما يحصل عليه من صافي الربح يخصم من الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفق في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدني) .

هذا التاريخ (١) — أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبرا فان الحائز يستبقى في الحبس في مواجهة هذا الدائن وفي مواجهة المشتري الراسى عليه المزداد — وهو أيضا يعتبر من الغير — الى أن يستوفي حقه كاملا (٢) . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته ، اذ كان أى دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبرا فيفقد الحابس حقه في الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة الدائن العادى . وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، الى أن يستوفي الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين (٣) ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أى امتياز على العين المحبوسة .

٦٧٤ — الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت اليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل اليه منه حق عيني على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فاذا كانت العين المحبوسة عقارا ، فان المشتري من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فان كانوا قد شهروا حقوقهم

(١) حتى لو شهر افلاس المالك ومثل السنديك الدائنين فان الحق في الحبس يكون نافذا في مواجهة الدائنين والسنديك الذى يمثلهم (انظر المادة ٤٥٩ فقرة ٢ مدنى ، وهي تنص على حق البائع فى حبس المبيع ، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري فى الأجل بسبب شهر افلاسه أو اعساره . فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائنى تفليسه المشتري : الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ —

أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — ص ١٦٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ .

قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم ، فان حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل انحبس ، ولا يستطيع الحائز اذن أن يحبس عنهم العين (١) . وان كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين (٢) ، فان هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشتري أو الدائن أو أى صاحب حق عيني آخر . ولو قلنا بخير ذلك وبأن الحبس لا يسرى في حق هؤلاء في هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو يترتب حق عيني عليها ، فيسقط الحبس في حق من تصرف له المالك .

أما اذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فان الحق في الحبس في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس اذا كان الحابس حسن النية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الحائز في حبس العقار هو حق مقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ٢٤٦ / من القانون المدني من أن لكل من التزم بإداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ثم فان للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الخير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس الشيء لان الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطى لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم : نقض مدني في ٣٠ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ .

(٢) ولا يشترط أن يكون السند المنشئ للحق في حبس العقار مسجلا (الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ — عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الحسامة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٢٨ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحياة والحياة بحسن نية في المنقول لها هذا الاثر كما هو معروف (١) .

بقى أن يكون سبب انحبس هو اتفاق مصروفات على العين .

ففى هذه الحالة وحدها يسرى الحق في الحبس على الخلف الخاص دائما ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقارا ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شمر بعد ثبوت الحق في الحبس أو قبل ذلك ان كانت العين عقارا . ذلك أن اتفاق المصروفات على العين قد أفادها في ذاتها ، فأفاد تبعا لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتا قبل اتفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سىء النية (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — بودري وديلوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢١ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ — وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ — انسيكلوبيدى داللو ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ .

وقارن أيضا الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير اطلاقا ، ولو كسبوا حقوقا شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات (فقرة ٤١٨ — فقرة ٤٢٢) ويذهب الى أن الحق فى الحبس يحتج به على الغير اطلاقا ، ولا يستثنى الا حالة ما اذا كان فى الحبس متفرعا من رهن حيازى القيد عقار وبيع العقار جبرا ، فحينئذ لا يحتج بالحق فى الحبس على الراى عليه المزداد .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ . وانظر انفا فقرة ٦٤٣ فى الهامش .

هذا وهناك ، غير ، لا يسرى عليه الحق فى الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة اذا لم يكن هو المدين للحابس . فإذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشتري المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن الا فى مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن يحبس المبيع فى مواجهة المالك الحقيقى وهو غير مدين له بشئ (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٢٢ ص ٦٧٥ — وانظر انفا فقرة ٦٦٢ فى الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الاصلى ، مادام المالك ليس مدينا لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الاصلى (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٧١) .

المبحث الثاني

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ - واجبات ثلاثة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧

نقول : « وعلى انحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » . فهناك اذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف الى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة الى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

٦٧٦ - المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة

على العين المحبوسة وفقا لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسطة في المادة ١١٠٣ ، وهي تنص على أنه « اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله انشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لايد له فيه » . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام يبذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعي لا ذاتي . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا - على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين - هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، اذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو تلف ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع الى سبب أجنبي (١) .

(١) انظر في هذا المعنى الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات العينية

ص ٤١٠ - ص ٤١١ و ص ٦٠١ ، وفي عقد الايجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤

وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ الاستاذ اسماعيل غانم في المرجع السابق فقرة ١١٢ -

وقارن الاستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٥٣ -

فقرة ١٥٤ .

والذى يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام
بالرد . فالحابس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة ،
والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هى عناية أنرجل المعتاد . ومصدر
هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية
هى حبس العين (١) .

فاذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ،
وتحققت مسئوليته انتقصيرية ، وأصبح ملزما بالتعويض . ويعتبر
مقصرا لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينزل عن العناية التى
يبدلها هو فى حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو دارا ،
وكان انحابس معروفا بالاهمال والتقصير ، وترك السيارة دون صيانة
حتى أصيب بتلف فى بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى
تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه
المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذا الاهمال
فى صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما
قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتى
مثل هذا الاهمال . فاذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من
المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة فى يده ، وثبت أن الحابس
يبدل فى المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو
بذل مثل هذه العناية فى المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس
يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن استعمال الناقل حقه فى حبس الاشياء
المنقولة أو بعضها استيفاء لاجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب
المحافظة عليها فى فترة احتباسها بل عليه ان يبذل فى حفظها وصيانتها من
العناية ما يبذله الشخص المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ما لم يثبت
ان ذلك يرجع لسبب اجنبى لا يد له فيه وهو ما تقضى به المادتان ٢٤٧/٢
و ١١٠٣ من القانون المدنى . (نقض مدنى فى ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦
مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦) .

عن عنايته الشخصية بحفظ ماله (١) .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على اجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة فقضت بأنه « اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » (٢) . وهذا الاجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروبا مما يسرع اليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ما جاء في المادة ١١١٩ المشار اليها في النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة في هذه الحالة، بل أن الحائز يجب عليه ، اذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر الى اتخاذ اجراءات البيع ، والا كان مقصرا في المحافظة على الشيء ، فان هذا الاجراء هو ما يبادر اليه الرجل المعتاد في المحافظة على ماله . وأكثر مما يتحقق ذلك في المنقول ، فان المقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . واجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ ، في رهن المنقول رهن حيازة اذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتي : « ١ — اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى

(١) وعبه الاثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعبت . فاذا ما اثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يحم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فاذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن التعيب يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه . انظر في عبء اثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الاول الطبعة الثالثة المجلد الاول فقرة ٤٢٩ ص ٨٩٨ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من انقاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق ٢٠ - ويفصل القاضي في أمر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه ٠ والاذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الاجراءات المقررة في مثل هذه الاوامر ٠ ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلني وفقا للاجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فاذا كان العين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة الى اجراءات المزاد العلني ٠ ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذا على العين ، والا لفقد حقه في الحبس كما قدمنا ٠ وانما يعتبر هذا الاجراء اجراء ضروريا للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء الى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ ٠ وهذا معناه أن الثمن يحل حولا عينيا محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون (١) ٠ ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين (٢) ٠

(١) وقد قضت محكمة النقض بان للحابس اذا خشي على الشيء المحبوس من الهلاك أو التلف ، ان يحصل على اذن من القضاء في بيعه طبقا لنص المادة ١١١٩ من القانون المدني وينتقل حينئذ الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه (نقض مدني في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ - مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ من ١٩٢٦) ٠

(٢) وهناك واجب اخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، اذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الاشياء (دريدا في أنسيكلوبيدي دالوز) لفظ (Rétention) فقرة ٦١ ص ٧٠٨ - الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ ٠

٦٧٧ - تقديم الحساب عن الغلة : في رهن انحياسة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني في هذا النصد على ما يأتي : « ١ - ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل • ٢ - وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك • ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الاصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين » •

وقد رأينا أن الحابس ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه ، وقد يبيعها اذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول • وكما أن الحابس ليس له أن يملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة • وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٢٤٧ يجري على الوجه الآتي : « • • وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن حيازة » • وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاما في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤي أنل يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعُدل النص على الوجه الآتي : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته (١) » • فلم يرتب النص

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٢ - ص ٦٥٥ - وانظر انفا في تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه في فقرة ٦٦٨ في الهامش •

في شأن الغلة إلا التزاما بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعا لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام في ذمة انحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حسابا عنها للمالك^(١) . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا ، فعلى الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حسابا عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقاها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذى قدمناه^(٢) .

٦٧٨ - رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيرا برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن ، فإذا ما استوفاه انقضى حقه في الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبني عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه في التعويض ، فهو بعد استيفائه

(١) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

(م ٩٧ - الوسيط ج ٢)

حقه ملزم برد الأرض الى صاحبها ، ومصدر الالتزام هنا هو الاثراء بلا سبب . وأيا كانت علاقة المالك بالحابس ، فان المالك يستطيع دائما ، باعتباره مالكا ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق في الحبس لا يرجع الى الحبس ذاته ، فالحبس مجردا واقعة مادية لا ترتب التزاما على الحابس برد العين الى صاحبها . ولكن اذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد في ذمة الحابس وفقا للعلاقة القانونية التي كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففي رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك والتلف الا اذا أثبت السبب الأجنبي ، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد . أما الحابس فيرجع التزامه بالرد الى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك وما الى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد (١) .

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٨ من انتقنين المدني على ما يأتي :

(١) قارن الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

« ١ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محبوزه » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء اذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، والذي زاده نص التقنين الجديد أنه نظام المواعيد التي يجوز استرداد الحيازة فيها (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥١ ، وفي تقنين الموجبات والمقود اللبناني المادة ٣٧٣ ، وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٣٢٢ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - ينقضى الحق في الحبس بفقد الحيازة ٢٠ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء اذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، اذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بخروج الشيء من يد حائزه أو محبوزه » بعبارة « بفقد الحيازة » حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضى حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الاجل بسنة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ - ص ٦٥٧) .

(٢) والمبرة في تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذي خرج فيه الشيء المحبوس من يد الحابس ، فان كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذي يطبق ، والا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٣) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري ٢٤٩ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيمًا خاصًا . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعية ، وانقضائه بطريق أصلي .

المبحث الأول

انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعية

٦٨٠ - انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون به :
الحق في الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس في ذمة مالك العين المحبوسة ، فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعًا لذلك . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعية . مثل ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود

= التقنين المدني العراقي م ٢٨٤ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري . وانظر في شرح النص الدكتور حسن علي الذنون في إحصاء الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥١ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والفقود اللبناني م ٢٧٣ : « أن حق الحبس يزول بزوال الاحراز لأنه مبني عليه . وإنما يحسق للدائن إذا انتزع منه الشيء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوما تبتدىء من تاريخ علمه بذلك الانتزاع » .

(وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المدني المصري فيما عدا ميعاد السنة الذي لم يرد في نص التقنين اللبناني ، ويذهب الدكتور صبيح الحمصاني إلى أن هذا الميعاد هو أيضا موافق للمبدأ الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠) .

التقنين المدني الكويتي م ٣٢٢ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .
التقنين المدني الأردني م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده ، ويجب أن يرد لها للمالك (١) .
وينقضى حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء
الالتزام . فقد ينقضى بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف .
وينقضى أيضا بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة .
وينقضى أخيرا من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط
الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي .
فاذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل
الحق في الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقي جزء منه ، فإن
العين تبقى محبوسة في هذا الباقي (٢) . وقد قدمنا أن الحق في الحبس
غير قابل للتجزئة (٣) .

٦٨١ - **عدم الانقضاء بالتقادم** : ويلاحظ أن الحق الذي
للحابس في ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة في هذا الحق ،
لا يتقادم ، إذ حبس العين يمنع من تقادمه . والحق في الحبس

(١) وقد رأينا (انظر فقرة ٦٧٠ في الهامش) أن الحق في الحبس
لا ينقضى بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط
١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (انظر فقرة ٦٤٢ في الهامش)
إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن
يودع خزانة المحكمة مبلغا كافيا ، ويقوم الأيداع في هذه الحالة مقام الوفاء
من حيث إنهاء الحق في الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦
ص ٢١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير
أتعاب الحارس القضائي مؤقتا وإيداعها خزانة المحكمة ، فينقضى بذلك حق
الحارس في حبس الأعيان ، وهذا ما لم تكن هذه الأعيان قد وضعت تحت
الحراسة بإجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أعيان موقوفة خطأ ضمن
الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائي حق حبس
بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التي أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر
سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(٢) انظر انفا فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر انفا فقرة ٦٧٠ . وانظر في انقضاء الحق في الحبس بطريق
تبعي الدكتور صيلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عين الوفاء
فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٣٦ .

نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حانة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق في الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به (١) .

المبحث الثانى

انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلى

٦٨٢ - أسباب الانقضاء بطريق أصلى : وقد ينقضى الحق في الحبس وحده - دون الحق المضمون به - بطريق أصلى . ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدنى) .

(ثانيا) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثا) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعا) نزول الحابس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد أئحابس طوعا وهذه هى الحالة التى عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدنى .

٦٨٢ - تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق في الحبس بطريق أصلى منصوص عليه صراحة فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، فقد جاء فى هذا النص أن الحبس يكون جائزا « ما دام الدائن (أى مالك

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ - جيللورا فى حق الحبس فقرة ١٢٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٣٠ - بودرى ودىلوان ١ فقرة ٢٥٠ - الاستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٤ - الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٧١ .

العين) لم يقيم بتقديم تأمين كاف لنوفاء بالتزامه هذا » . وذلك أن الغرض من الحق في الحبس هو تأمين الحائس على حقه في ذمة المالك ، فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً — كفالة أو رهناً أو نحو ذلك (١) — ثم يعد هناك مقتضى للاستمرار في حبس العين . وألقاضى هو الذى يبت فيما اذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافياً ، عند انخلاف فى ذلك (٢) .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى ، فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لا يجبر « على الاخلاء الا بعد ان يققاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للنوفاء بهذا التعويض » . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، فى صدد جواز تقسيط ما يترتب فى ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن نلقاضى « أن يقضى بأن يكون النوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة » . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه الفقرة الثانية من

(١) والتقنين المدنى الالماني (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) فى الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أى تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهى الى أن سكوت المشرع المصرى عن جواز تقديم تأمين فى الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز فى الحق فى الحبس كان متعمداً ، فلا يجوز فى الاول ما يجوز فى الثانى . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببى بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم الا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز اجباره على تنفيذ التزامه الا اذا تحقق سببه بئن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلاً ، على عكس الحال فى صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشرع عن النوفاء فقرة ١٤٥ — سالى فى الالتزامات فى القانون الالماني فقرة ١٧١ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ — قارن بلانيول وريبير وأسيمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — الاستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٠٢ ص ٢٣٢ .

المادة ٤٥٧ ، في صدد حق المشتري في حبس الثمن ، من أنه « اذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا » .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق في الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هي حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه « اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق اندفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا يعد البيع » . ففي هذه الحالة وحدها لا ينقضي الحق في الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التي بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس في حاجة الى تأمين فان له حق امتياز على المبيع ، وانما هو في حاجة الى حبس المبيع بالدات للضغط على المشتري حتى يوفي له الثمن ، كما سبق القول (١) .

٦٨٤ - **هلاك العين المحبوسة** : واذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بذاهة لانعدام المحل . والهلاك اما أن يكون بخطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وأما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس ، وفي هذه الحالة تهلك العين على

مالكها حتى لو كان الحابس ملقهما بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طُبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم فنصت على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (١) » .

وإذا هلك العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين : ففي رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التي هلك ، قياسا على حالة بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العينية لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة في بيع الثمرات التي يخشى عليها التلف وحبس ثمنها (٢) . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول

(١) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشئ الذي هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازة (انظر م ١٠٤٨ و ١١٠٢ مدني) . فالرهن في هذا يختلف عن الحبس . ذلك أن في الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأمينا لدينه ، فإذا هلك الضمان الذي قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فورا . أما في الحبس فلم يتعهد مالك الشئ المحبوس بتقديم ضمان ، بل أنه وجد ماله محبوسا عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشئ ولا محل لزامه بتقديم شئ آخر بدلا منه . على أنه لافائدة من الزامه بذلك . فان جزاء الإخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فورا ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى بنكاز تكملة بوبري ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ — الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العينية فقرة ١٤٤ — فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٤ — الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ — الاستاذ صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ — الاستاذ حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥ — الاستاذ أنور سلطان في البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ . بيد أنه يلاحظ أن الحلول العينية لا يستقيم مع الاعتبار التي يقوم عليها الحق في الحبس ، فالحق في الحبس يقوم على حيازة الشئ أو إحرازه ، وهو يخول للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بأداء الشئ بشرط أن توجد رابطة بين التزامه هذا وما هو مستحق له . فالمرجع إذ قرر الحق في الحبس قد أراد تنظيم وسيلة طبيعية لحمل المدين على تنفيذ التزامه قوامها وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية بحيث لا يجوز للمدين أن يطالب دائنيه بما له قبل أن يوفى بما عليه . وبهلاك الشئ تنهار هذه الاعتبارات جميعا . =

العيني لا يكون الا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت (١) .

أما بيع العين المحبوسة فيختلف في انحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع ان اقتضته الضرورة لان العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لا ينقضي ، بل ينتقل من العين اثنى الثمن . وان أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذا على العين ، فان

= راجع الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٣٢ — قارن حكم النقض الصادر في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧٨ ص ١٩٢٦ .

(١) كما جاز له حبس الثمن في حالة بيع العين المحبوسة اذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدني ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون اذا هلك أو تلف الى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدني . انظر في هذا المعنى بيكار وبيسون في التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دريدا في انسيكلوبيدي داللو ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — الاستاذ اسماعيل غانم في رسالته في نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ — ص ١٥٤ وفي دروسه في الحقوق العينية الاصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفي رأينا أن الحلول العيني مبدا عام ، وليست النصوص التشريعية الا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة الى نص خاص لكل حالة من حالاته .

ويقوم المبدأ على فكرة التخصص (affectation spéciale) ، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فما يحل محلها من مقابيل يتخصص هو أيضا لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلا في حالة بيع العين المحبوسة اذا خشى عليها الهلاك أو التلف ، وفي حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية ، وطبقناها ، دون نص ، في حالة بيع ثمرات العين المحبوسة اذا خشى عليها الهلاك أو التلف . وتطبقها الآن ، دون نص أيضا ، في حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق في الحبس يقوم على حيابة العين المحبوسة ذاتها ، فانه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيابة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة ، فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيابة على العين ذاتها . واذا كان المشرع قد رأى حاجة الى الحلول العيني لمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز أن يحل الثمن محل العين في حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة الى الحلول العيني اذا هلكت العين فعلا أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

رسو المزداد لا يقضى الحق في الحبس كما أسلفنا القول (١) . أما إذا أوقع البيع الدائن الحابس نفسه تنفيذًا على العين ، فإن هذا يعتبر نزولاً منه عن حقه في الحبس ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

٦٨٥ — اخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين : قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . فإذا أخل بهذا الالتزام اخلًا خطيرًا ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال مال هذا الحق . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (٢) .

٦٨٦ — نزول الحابس عن حقه في الحبس — خروج العين طوعاً من يده : وقد ينزل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي ما له في ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلي (٣) . وأكثر مما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعاً (٤) . فإذا

(١) ولكن إذا كان الحق في الحبس متفرعاً عن رهن حيازة عقارى ، وكان الرهن مقيداً ، ثم بيع العقار المحبوس بيعاً جبرياً ، فإن الحق في الحبس ينقضى في هذه الحالة تبعاً لتطهير العقار بالبيع الجبرى ، وينتقل حق الرهن بمرتبته الى ثمن العقار المنزوعة ملكيته (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين — المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل — تبعاً للرهن الحيازى المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات . فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يجوز ابدأه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع : نقض مدنى في ٣ مارس سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٦٧ ص ٣٧٢ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المبيعة برضاؤه وتسليمها المشتري فعلاً أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر =

خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه في الحبس ، ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك (١) . ويتحقق ذلك في صورة عمائية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، فيتخذ اجراءات البيع الجبرى ، ويجب عليه في هذه الحالة عند رسو المزاىء على مشتر أن يسلمه العين ، لان في التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمنيا منه عن حقه في الحبس (٢) ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (٣) .

= سنة ١٩٣٨ المحامة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ - انظر ايضا : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحامة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ . على ان انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعا من يد الحابس انما يرجع الى ان الحق في الحبس يقوم على اساس حيازة الشيء المحبوس ، فينقضى بانقضاء الحيازة طوعا ولو لم تنصرف ارادة الحابس الى النزول عن الحق في الحبس . ومن ثم ينقضى الحق في الحبس ولو كان الدائن عند التخلي قد اعلن صراحة انه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء الى ثمنه (دريدا في انسيكلوبيدى دالوز) لفظ (Rétention) . فقرة ٨٥ ص ٧١ - الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٥) .

(١) ويعتبر مجرد خروج الشيء من يد حائزه او محرزه قرينة على حصوله برضاه ، الى ان يثبت الحائز او المحرز عكس ذلك (الاستاذ سليمان مرقس في التامينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ - ص ٦١٦) . وقضت محكمة النقض بان التخلي الاختيارى المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع ان تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة اليها . فاذا كانت القرائن التى استند اليها الحكم من شأنها ان تؤدي الى النتيجة التى انتهى اليها ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير اساس (نقض مدنى ٩ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بان حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة او ضمنا ومتى تم هذا التنازل فانه لايجوز العدول عنه بعد ذلك . (نقض مدنى فى ١٦ من مايو سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ - الاستاذ سليمان مرقس في التامينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا لم يتمسك الطاعن امام محكمة الاستئناف بحقه فى حبس اطيان التركية موضوع النزاع حتى تتم تصفية التركية او حتى يستوفى ما دفعه عن الورثة من الديون ، فانه لايقبل منسبه اثارته لاول مرة امام محكمة النقض . (نقض مدنى فى ٢٣ من يناير سنة ١٩٦٩ - مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٢٦ ص ١٥٥) . =

وإذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعا يستخلص منه نزول ضمنى عن حقه في الحبس ، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق . فإذا اختلس المالك أو أجنبى العين من يد الحابس خفية ، أو اغتصبها منه رغما عنه ، أو أخذها بالرغم من معارضته ، فإن حقه في الحبس لا يزول بذلك (١) . بل له أن يسترد حيازة العين ، بشرط أن يطلب ردها في أقصر الأجلين ، أما قبل انقضاء ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج العين من يده (٢) ، وأما قبل انقضاء سنة من وقت خروج

= وقد قضت محكمة النقض بأن أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشتري في حبسه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبإلزام المشتري بأدائه يندرج فيه حتا القضاء بأن المشتري لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشتري بأحقية في حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لاتجوز الى ذات النزاع الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الامر المقضى والا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه الى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده : نقض مدنى فى ١١ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٥٣ ص ٣٢٧ .

(١) وقد قضى بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حكم قضائى لا يترتب عليه انقضاء الحبس ، لاعتباره حاصلًا دون رضاء الحابس ، ما لم يكن الحكم غير نافذ في حق الحابس ، اذ يعتبر تسليم الحابس المال المحبوس في هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختياري ، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢) .

(٢) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدنى ، كما رأينا . وقد قيست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التى نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها الا في خلال ثلاثين يوما من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٣١٧ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد ، على أن « المؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة » وذلك ضمنا لحق الامتياز المقرر له قانونا . ويجوز له ذلك أيضا اذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوما لا تسرى ، في حالة الحبس ، الا من يوم =

العين من يده (١) .

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك الى حائز حسن النية ، اذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage) (٢) . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ليس الحبس ، على وجه الاجمال ، الا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعيا أن ينقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد اراديا . فاذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه في الحبس قائما ، وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية ، باعتباره أن الأمر ينطوي على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وأن كان جزاء يكفل حماية الحق في الحبس ، الا أن من واجب المحتبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حق المستأجر في استرداد

= علم الحبس بخروج الشيء من يده ، أما في حالة المؤجر فتسري المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(١) وهنا ايضا يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه في دعوى استرداد الحيازة (action en réintégrande) ففي هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ١٥٨ مدني) . كذلك يختلف استرداد الحبس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التي خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التبضع المتفرع عن حق الامتياز العيني ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانوني اذا لم يترتب على المنقولات حق للغير . أما استرداد الحبس للحيازة فالغرض منه ليس امكن الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انتضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحبس بالميعاد القانوني ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس في التامينات نقرة ١٧ ص ٦٠٥ - ص ٦٠٧ - قارن بيدان وفوران نقرة ٢٨٢) .

(٣) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التامينات نقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ - قارن بودري ودي لوان ١ نقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

المنقولات التي تخرج من حيازته في خلال ثلاثين يوما (١) .
ويجب أن يسترد الحابس الحيازة اأقديمة التي فقدتها حتى يعود
اليه الحق في الحبس ، أما اذا رجعت له حيازة العين بسبب جسد يد ،
فان حقه الاول في انحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب
الجديد ليس هو الحق الاول (٢) .

ويلاحظ أنه اذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ،
فان الحق في الحبس يزول مؤقتا ما دام الحائز لم يسترد فعلا الحيازة
على النحو الذي أوضحناه . فاذا استرد الحيازة في الميعاد ، عاد اليه
الحق في الحبس . وان انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائيا حقه
في الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحا بين الحق في الحبس والحق
العينى ، فالحق العينى ينطوى دائما على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال
العين الى الغير .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا
(انظر آتفا فقرة ٦٧٩ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٨ مدنى) أن مدة السنة
انما اضيفت الى المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودرى ودى لوان
١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصا اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها
قبل أن يسدد الثمن ، فان بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه في
حبس السيارة . فاذا أعاد المشتري السيارة الى البائع لاصلاحها في
« ورشته » ودفع له مصروفات الاصلاح ، لم يجوز للبائع حبس السيارة
في الثمن الذى لم يدفع ، لان حيازة السيارة انما عادت الى البائع بسبب
جديد ، هو اصلاح السيارة . ولو عادت السيارة الى حيازة البائع لا بسبب
جديد بل بالسبب الاول — بأن كان البائع مثلا سلم السيارة الى المشتري
مؤقتا لتجربتها على أن يرجعها الى البائع بعد التجربة فأرجعها المشتري —
فان البائع يعود له بعودة السيارة الحق في حبسها حتى يستوفى الثمن
(بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الاستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة
٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الاستاذ اسماعيل غاتم في احكام الالتزام
فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصا عهد الى صاحب « جراج » باصلاح
سيارة ، واستعادها مؤقتا قبل أن يدفع اجرة الاصلاح ثم أرجعها الى
صاحب « الجراج » لاستكمال اصلاحها ، لعاد الحق في الحبس الى صاحب
« الجراج » حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت الى حيازته بنفس
السبب القديم (الاستاذ اسماعيل غاتم في احكام الالتزام فقرة ١٠٢ ص
٢٣١) .

الفصل الخامس

الاعسار *

(La déconfiture)

تمهيد

الاعسار المدني والافلاس التجارى

الاعسار في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد

٦٨٧ - مقومات الافلاس التجارى : عندما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر افلاسه • وشهر الافلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه في العادة كثيرون ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة (union) وأن يجرؤا تصفية أموال مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين •

ومن ثم كان تنظيم الافلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

* مراجع : الين (Allain) في الاعسار - جارو (Garraud) في الاعسار - قالت (Valette) في الآثار الرئيسية للاعسار - بيدان (Budin) في الافلاس المدني - ترونسون (Tronçon) هـ نظام الافلاس الى غير التجار - دييان (Dupin) مسألة الافلاس المدني رسالة من جريشوبل سنة ١٩٠٠ - توسبان (Tonssaint) في مسألة الافلاس المدني رسالة من أكس سنة ١٩٢٤ - محسن شفيق في النظم المختلفة في الافلاس المدني رسالة بالفرنسية من باريس سنة ١٩٣٧ - ليمانيسييه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - مارسيل ديون (Marcel Dupont) في انسيكلوبيدي دالوز لفظ (Déconfiture). محسن شفيق في القانون التجارى المصرى الجزء الثانى في الافلاس سنة ١٩٥١ - عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٣٠ - اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٣ - حسن على الذنون في احكام الالتزام في القانون المدني العراقى فقرة ٩٨ - فقرة ١١٠ •

(الأساس الأول) ألا يفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص — رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك — يميزه فيه عن سائر الدائنين • فيتحقق إذن تحققاً فعلياً في الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، لا فرق في ذلك بين دائن ودائن •

(الأساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله • فمنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك أن يتصرف في ماله ، ويبقى كذلك إلى أن تنتهي التعلية بالتصفية أو بالصلح • بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففي فترة الريية (période suspecte) — من اليوم الذي تصدده المحكمة ميحاً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلاً للإبطال ، على الوجه المعروف في القانون التجاري •

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية • والتصفية الجماعية هي المميز الجوهري للإفلاس التجاري • ومعناها أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله (détachement) ، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين • ومعناها ثانياً ألا يباشر أي دائن إجراء فردياً للتفليس (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون في اتحاد (masse, union) تغلح عليه الشخصية المعنوية • ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً • ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التعلية بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة في القانون التجاري •

٦٨٨ - مقارنة بين الافلاس التجارى والوسائل المدنية التى تقدم
نكرها : الآن وقد ذكرنا مقومات الافلاس التجارى ، نقارن بينه وبين
الوسائل المدنية التى تكفل حقوق الدائنين ، من وسائل تمهد للتنفيذ
على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هى التى
ذكرناها من قبل : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ،
والدعوى الصورية ، والحق فى الحبس (١) .

لا تشترك هذه الوسائل الأربع مع الافلاس التجارى فى مقوماته
الثلاثة ، الا فى واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين
دون الباقي بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخران - غل يد
المدين عن التصرف والتصفية الجماعية - فيتميز بهما الافلاس التجارى
عن هذه الوسائل الأربع ، ولا تشترك فيها معه .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين
يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيدا
للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار
بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قدمنا . وفى
هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الافلاس التجارى . وتختلف عنه أولا
فى أن المدين ، على انتقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف
فى هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى فى أثناء قيام الدعوى
غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل الا الطعن فى هذا التصرف
بالدعوى البوليصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانيا فى أن
انتفيذ على المال الذى استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير
المباشرة يكون باجراءات فردية ، فالدائن الذى رفع الدعوى غير

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كلافلاس التجارى ، يواجه
بها الدائنون مدينا معسرا ، فيحاولون بقدر الامكان أن يستخلصوا منه أكبر
قسط من حقوقهم عنده .

المباشرة لا بد في التنفيذ من أن يتخذ اجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الاجراءات أو أن يشترك في الاجراءات التي سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذي يريد التنفيذ على المال اجراءات فردية باسمه خاصة ، بل ان الدائن الذي يسبق الآخرين في التنفيذ يستوفى حقه من هذا المال قبلهم ما داموا لم يدركوا التوزيع النهائي . وهذا بخلاف الافلاس التجارى ، فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها السنديك باسم جميع الدائنين ، ولايستطيع أحد منهم أن يتخذ اجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

والدعوى البوليصة يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه اضرازا بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق الدائنين ، تمهيدا للتنفيذ على المال الذي سبق التصرف فيه . والدائن في التقنين المدني الجديد ، لاينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفي هذا تتفق الدعوى البوليصة مع الافلاس التجارى (١) . وتختلف عنه أولا في أن المدين لم تغل يده عن التصرف في المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلا وكان لا بد من الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصة بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف في ماله منذ شهر افلاسه ولا حاجة لتوافر أى شرط آخر غير شهر الافلاس . وتختلف عنه ثانيا في أن التنفيذ على المال الذى تصرف فيه المدين في الدعوى البوليصة يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين باجراءات فردية على النحو الذى تقدم في الدعوى غير المباشرة لا باجراءات جماعية يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الامر في الافلاس التجارى .

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى في هذه الخصيصة الاولى ، لاتتفق مع الافلاس في عهد التقنين المدني السابق ، اذ كان الدائن بمقتضى احكام هذا التقنين يستأثر بالتنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه الى مال للمدين يستبقيه بعد أن تصرف فيه المدين تصرفا صوريا ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيدا للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا يفسرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق دعوى الصورية مع الافلاس التجارى . وتختلف عنه أولا فى أن المدين لا تغل يده عن التصرف فى المال تصرفا جديا ، بعد أن تصرف فيه تصرفا صوريا ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف فى المال مرة أخرى تصرفا جديا قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين فى هذه الحالة الا الطعن فى هذا التصرف الجدى بالدعوى البوليصية . وتختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال الذى كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البوليصية ، لا باجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الافلاس للتجارى .

والحق فى الحبس يوجه ادائن فيه همه الى مال للمدين محبوس تحت يده ، فيستبقيه محبوسا حتى يستوفى حقه . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو اذا نفذ عليه وبيع فى المزاد العلنى شاركه فى ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفى هذا يتفق الحق فى الحبس مع الافلاس التجارى . ويختلف عنه أولا فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف فى المال المحبوس ، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه فى حق الدائنين ، بل وفى حق الدائن الحابس نفسه اذا سبق التصرف الحبس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانيا فى أن التنفيذ على المال المحبوس يكون باجراءات فردية كما فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، لا باجراءات جماعية ، كما فى الافلاس التجارى .

٦٨٩ - الافلاس التجارى والاعسار المدنى : واذا كانت الوسائل

المدنية الأربع التى تقدم ذكرها تقصر عن الافلاس التجارى فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ولا تشترك معه الا فى المقوم الأول كما رأينا ، فان الاعسار المدنى (déconfiture) كما نظمته التقنين المدنى الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الافلاس التجارى (faillite) فى مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه فى المقوم الثالث وحده .

يتفق الاعسار المدنى مع الافلاس التجارى فى أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي فى الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضا - وفى هذا يتميز الاعسار المدنى عن الوسائل المدنية الأربعة التى سبق ذكرها - فى أن يد المدين تغل عن التصرف فى أمواله منذ شهر الاعسار ، كما تغل يد المدين القاجر عن انتصافات فى أمواله منذ شهر الافلاس . ولكن يختلف الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى فى المقوم الثالث - وهو المقوم الجوهرى كما قدمنا - فلا يوجد فى الاعسار المدنى تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد اندائنين كما هو الأمر فى الافلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما هو فى الوسائل المدنية الأربع موكولا الى اجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة (١) .

ومن ثم يوضع الاعسار المدنى الى جانب الوسائل المدنية الأربع - الدعاوى الثلاث والحق فى الحبس - وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها فى المقوم الجوهرى للافلاس التجارى ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه الا لاجراءات فردية ، ان كان يفوقها جميعا فى أنه يغل يد المدين عن التصرف فى أمواله على اثنحو الذى سنبسطه فيما يلى :

(١) انظر فى الفروق ما بين الافلاس والاعسار فى القانون الفرنسى انسيكلويدى داللو ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ - فقرة ٣٨ .

٦٩٠ - الاعسار في التقنين المدني السابق : لم ينظم التقنين المدني السابق الاعسار ، وهذا بخلاف الافلاس فقد نظمته التقنين التجاري تنظيما دقيقا مفصلا . وقد يقال ان الاعسار ليس في حاجة الى التنظيم انذى لابد منه في الافلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلا بد فيها من ضمانات قوية يطمئن اليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم افلاس التاجر تنظيما يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التي تقوم بها في التعامل التجارى . ولكن المدين المعسر ، حتى في المعاملات المدنية ، في أشد الحاجة الى تنظيم اعساره حماية له وللدائنين على السواء . وترداد الحاجة الى تنظيم الاعسار المدني ، منذ يرتب القانون عنى هذا الاعسار نتائج هامة (١) .

(١) وقد كان التقنين المدني السابق يرتب على الاعسار اسقاط الاجل (م ١٥٦/١٠٢) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٥٤٢/٤٤٥) ، ووجوب استبدال كفيل موثر بكفيل معسر اذا تعهد المدين تعهدا مطلقا بتقديم كفيل (م ٦١٠/٥٠٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول اجله (م ٦١٤/٥٠٣) . هذا الى ان اعسار المدين كان مشروطا في الدعوى غير المباشرة (م ٢٠٢/١٤١) ، وفي الدعوى البوليصية (٢٠٤/١٤٣) ، وان لم تصرح النصوص بذلك .

ولكن المشرع المصرى لم ينظم الاعسار تنظيما كاملا في التقنين المدني الملغى ، فلم يرد في هذا التقنين ذكر الاعسار الا في بعض مواد متفرقة ضمنها المشرع آثارا متنوعة تترتب على الاعسار دون أن يعنى بتعريفه وبيان حدوده ، ولم يكن في ذلك حماية كافية لما يتعرض اليه الدائنين من المخاطر اذا ما اضطربت احوال المدين . ويبدو هذا النقص من ناحيتين : الاولى - قد يعجز الدائن في اثبات غش مدينه وتواطئه مع المتصرف اليه منه ، ولا تكون الدعوى البوليصية في هذه الحالة اداة كافية اذا كان المتصرف الذى أبرمه المدين معاوضة . ويسرى التصرف عندئذ في مواجهة الدائن رغم أن المدين قصد الاضرار به . الثانية - أن المشرع قد اكتفى في التقنين المدني السابق بمجرد الإشارة الى مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام دون أن يعمل على تحقيق المساواة الفعالة بينهم ، بل كان الامر متروكا لما يشبه السباق بين الدائنين . فالدائن الذى يبادر بأخذ اختصاص على عسار مدينه أو يبادر بالتنفيذ عليه مباشرة قبل أن ينتبه غيره من الدائنين الى أن مدينهم معسر لا تكفى أمواله لسداد ديونه ، هذا الدائن يستوفى حقه كاملا في حين أن من يأتى بعده من الدائنين قد يضطر الى الاقتصار على استيفاء =

وقد سار التقنين المدني السابق في عدم تنظيمه للاعسار على نهج التقنين المدني الفرنسي ، وأطلق يد المدين المعسر في التصرف ، ولم يقيد من هذا الاطلاق الا بقدر ما تسمح به الدعوى البوليصة ، ونم يواجه المدين المعسر الا عن طريق الدعوى الثلاث المعروفة ، وهي وحدها لا تكفي في تنظيم الاعسار . واستفاضت انشكوى من هذه الحالة في فرنسا (١) وفي مصر (٢) .

= بعض ديونه ثم ينتظر زوال اعسار مدينه . الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٩٤ .

وانظر في النتائج التي تترتب على الاعسار في القانون المدني الفرنسي بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٤ - دي باج ٣ فقرة ١٦٦ - انسيكلوبيدي داللو ٢ لفظ *déconfiture* فقرة ٩ - فقرة ٣٢ .

(١) وقد حاولت بعض المحاكم في فرنسا ان تنظم الاعسار عن طريق تعيين حارس قضائي على اموال المدين يديرها ويصفيها كما يفعل السنديك ثم عن طريق جعل الدعوى البوليصة تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لانها لا تتفق مع التشريع القائم الذي لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧

- الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسي في طريق تنظيم الاعسار خطوات محدودة . ففي مناسبة افلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون في اول يولييه سنة ١٨٩٣ يجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجاري خاضعة لنظام الافلاس التجاري . ثم صدر قانون في اول اغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في شكل تجاري شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم اضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ الى هذه الشركات الشركات ذات المسؤولية المحدودة . وصدر قانون في ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضى باعتبار استغلال المناجم من قبيل الاعمال التجارية لتطبيق نظام الافلاس . انظر في هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ - دي باج ٣ فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير وبولاتجيه ٢ فقرة ١٤٨٥ - كولان وكابيتسان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ - الاستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الافلاس المدني ص ١٣٧ - ص ٢٢٩ - وكتابه في الافلاس فقرة ٢٣ .

(٢) انظر الاستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الافلاس المدني ص ٢٧٢ - ص ٢٧٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ - الموجز للمؤلف فقرة ٢١٢ - الاستاذ احمد حشمت ابو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ - الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٤٠ وما بعدها .

٦٩١ - تنظيم الاعسار في التشريعات الحديثة : أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الاعسار فيختلف اختلافا بينا عن موقف التقنين المدني الفرنسي . فبعض هذه التشريعات - كما في ألمانيا وإنجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك - لا تميز بين الافلاس التجارى والاعسار المدنى ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعا لنظام واحد هو نظام الافلاس التجارى . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الافلاس المدنى (faillite civile) ، بل عرفت الافلاس دون وصف نظاما موحدا ، فالافلاس عندها يتناول كلا من الافلاس التجارى (faillite) والاعسار المدنى (déconfiture) (١) . وعيب هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجارى ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة .

وفي سويسرا نظم الافلاس التجارى ، وترك الاعسار المدنى دون تنظيم موكولا الى إجراءات الحجز المعتادة . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الافلاس التجارى على سبيل الاجبار، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص (٢) . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الاعسار المدنى دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين الى نظام الافلاس التجارى ولا يتلاءم هذا النظام في بعض اجراءاته مع ملائمة الاعسار المدنى .

(١) انظر التشريع الالماني الصادر في سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الانجليزى الصادر في سنة ١٨٨٢ ، والتشريع الهولندى الصادر في سنة ١٨٩٣ . وانظر في الافلاس كنظام موحد للتجار وغير التجار في التشريعين الالماني والانجليزى رسالة الاستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الافلاس المدنى ص ٥٢ - ص ١٢٢ .

(٢) أصدر المشرع السويسرى قانون اتحاديا (fédéral) للتنفيذ من اجل الديون والافلاس في سنة ١٨٨٩ . فرسوم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الافلاس والآخر طريق الحجز . فاذا كان المدين مقيدا في السجل =

ولعل النظام الاسباني هو خير هذه انظم جميعا ، فهو ينظم الاعسار المدنى تنظيما مستقلا عن تنظيم الافلاس التجارى ، ويسير فى كل نظام وفقا لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية فى الائتمان التجارى تدعو الى تنظيم افلاسه تنظيما دقيقا يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصفى أمواله تصفية جماعية يقوم بها سنديك باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس فى حاجة الى كل ذلك ، بل ان اقحام نظام الافلاس التجارى فى شأنه ، وما ينطوى عليه من رفع يده عن أمواله وتعين سنديك يتسلمها ويصفىها تصفية جماعية فمن شأنه أن يربك أعماله فى غير ضرورة . وبحسب الاعسار المدنى أن ينظم تنظيما يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ، فهذا هو القدر الضرورى لحماية الدائنين دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ اجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، ان تطلبها مقتضيات الائتمان التجارى فليست ملائمة للائتمان المدنى فى حاجة اليها (١) . على أن النظام الاسباني

= التجارى وجب اتباع طريق الافلاس والا لطريق الحجز . وقسم السجل التجارى الى قسمين : قسم حرف ١ وهو خاص بالقيود الاجبارية أى القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التى تتخذ الشكل التجارى ولا يعنى من هذا القيد الا صغار التجار ، وقسم حرب ب وهو خاص بالقيود الاختيارية اذ اجاز المشرع لغير التجار اجراء القيد فى السجل (الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الافلاس المدنى ص ٢٢٣ - ص ٢٦٧) .

(١) انظر فى انتقاد توحيد نظامى الافلاس التجارى والاعسار المدنى وبيان عدم صلاحية ذلك فى مصر الى الأستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٤ ، وينتهى الى ما يأتى : « هذه هى الأسباب التى تدعونا الى نبذ نظرية الافلاس المدنى على الأخص فى بلاد زراعية كمصر ، حيث لا سبيل الى تنشيط الائتمان الزراعى الا بإنشاء بنوك التسليف والعمل على تيسير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعنى أننا نعضد القائلين بترك نظام الاعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقا أن يظل المدين على الرغم من اعساره قادرا على التصرف فى أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو ان يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتراحم بينهم . غير أننا لانرى ان سبيل الاصلاح يكون بتطبيق نظام الافلاس برمته على غير التجار ، وانما يجب التمحيص والتدقيق فى احكام هذا النظام والاستعانة =

لايفرق كثيرا بين تنظيم الافلاس التجارى وتنظيم الاعسار المدنى من ناحية التصفية الجماعية (١) . وهذا توقاه التقنين المدنى المصرى انجديد ، فقد جعل تنظيم الاعسار المدنى يختلف اختلافا واضحا عن تنظيم الافلاس التجارى ، واقتصر فى الاعسار المدنى على الاجراءات الفردية كما سنرى (٢) .

٦٩٢ - تنظيم الاعسار فى التقنين المدنى الجديد - الاعسار الفعلى والاعسار القانونى : على أن المشروع التمهيدي للتقنين المدنى انجديد كان يتضمن نصوصا تنشئ نظاما استثنائيا لتصفية جماعية فى الاعسار المدنى . ولما عرضت هذه النصوص للاستفتاء ، مال الرأى العام القانونى فى مصر الى عدم الاخذ بهذا النظام الاستثنائى ، فحذفت النصوص المتعلقة به فى لجنة المراجعة (٣) .

= بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى انه يجب وضع نظامين للتنفيذ على اموال المدين الذى يعجز عن اداء ديونه ، احدهما نظام الافلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجارى ، والآخر نظام الاعسار والمتبع فى شأن غير التجار ويكون موضعه القانون المدنى . وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفى مقدمتها التشريع الاسبانى حيث يوجد نظام للافلاس (quiebra) وآخر للاعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحا أن الشبه بين النظامين كبير فاتهما غير متماثلين . واتبع المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد هذا النهج ، فوضع نظاما شاملا لحالة الاعسار ، واستعان فى شأنه ببعض احكام الافلاس فى حدود متزنة ومعقولة « (الأستاذ محسن شفيق فى الافلاس ص ٥٠) .

(١) ويجوز فى هذا النظام أن يقر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الاجراءات أو الحط من الديون . فاذا لم تتوافر هذه الاغلبية كان المدين فى حالة اعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف اجراءات التنفيذ الفردية (انسيكلويدى دالوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٢) انظر فى تنظيم الاعسار المدنى على أسس تختلف عن الأسس التى يقوم عليها تنظيم الافلاس التجارى الأستاذ محسن شفيق فى المنظم المختلفة فى الافلاس التجارى ص ٢٧١ - ص ٣١٥ . وقد كانت هذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدنى عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الاعسار المدنى فى التقنين الجديد . وانظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ - فقرة ٨١٩ .

(٣) وكانت هذه النصوص فى المشروع التمهيدي هى المواد من ٣٥٤ =

واستقيت النصوص التي تنظم الاعسار المدني دون تصفية
جماعية تنظيما يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية (١) . ولما كانت

= الى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الاسس التي كان يقوم عليها النظام
الاستثنائي للتصفية الجماعية - كما قرر المشروع التمهيدى - فيما يأتى :
(١) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الاعسار أو فى أى وقت بعد
صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو
بناء على طلب المدين نفسه ، حارسا مصفيا يوفى الدائنين حقوقهم ، أما
ببيع أموال المدين وأما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضيا
للاشراف على أعمال التصفية .

(ب) يترتب على تعيين الحارس المصفى أن يتخلى المدين عن إدارة
أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة قحفظيا . فلا يجوز اتخاذ أى إجراء
الابواسطة الحارس المصفى أو فى مواجهته .
(ج) يعد الحارس المصفى بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين
فى اجتماع يدعوهم اليه . ثم يأخذ فى هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات
فى تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التى تتبع فى تحقيق الديون فى حالة
الافلاس .

(د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد
عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية
الودية إلا اذا أقرتها الاغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الاغلبية تملك
ثلاثة أرباع الديون التى فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .
(هـ) اذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصفى الاجراءات
لبيع أموال المدين المعسر بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع المقررة فى تقنين
المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصفى فى أن يبيع كل أموال
المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة .

(و) يودع الحارس المصفى المبالغ الناتجة من بيع أموال المدين
خزانة المحكمة . ويتولى القاضى المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد
المقررة فى تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غرماء وقسمة ترتيب .
(ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود
للدائنين حقهم فى اتخاذ اجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين .
ويجوز فى هذه الحالة تعيين حارس مصف من جديد اذا كان المستجد من المال
قدراً كافياً يبرر ذلك .

(أنظر مشروع تنقيح القانون المدنى - المذكرة الايضاحية جزء ٢ ص

٣٨١ - ٣٩٨) .

(٢) ولقد عنى المشرع فى التقنين المدنى الجديد بتفصيل الاحكام الخاصة
بالاعسار ، ولم يشأ فى سبيل ذلك أن ينقل احكام القانون التجارى فى الافلاس
فيطبقها على غير التجار ، فالكثير من تلك الأحكام إنما تبرره مقتضيات
التجارة وليس من السلحة أن تنقل كما هى الى نطاق المعاملات المدنية .
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢١٥ .

هذه الفصوص تنظم الاعسار عن طريق شهره بموجب حكم قضائي ،
فان التقنين المدني الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للاعسار ،
وانقلبت هذه الحالة - كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع
التمهيدى (١) - « من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، الى نظام
قانونى واضح المعالم بين الحدود » (٢) فأصبح التقنين المدني الجديد
يميز بين نوعين من الاعسار : الاعسار الفعلى (insolvabilité)

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٦٦٢ .
(٢) وقد اوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى دفاعا مسهبا
عن نظام الاعسار الذى قرره التقنين الجديد ، وبينت ان هذا النظام يخدم
مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . ومما جاء فى هذا الصدد :
« ومتى اشهر الاعسار كان مركز المدين فى تصفية ديونه افضل بلا شك من
مركزه وفقا لاحكام التشريع الحالى (السابق) ، ذلك ان هذا الاشهار
لايستتبع حتما حلول الديون المؤجلة ، فللقاضى ان يبقى على الاجل وان يمد
نيه ، بل واللقاضى ما هو افضل : فله ان ينظر المدين الى ميسرة بالنسبة الى
الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودبا فى اكثر الظروف
ملاءمة . كما ان المشروع ٠٠٠ اباح له كذلك ان يتصرف فى ماله ولو بغير
رضا هؤلاء الدائنين ، على ان يكون ذلك بثن المثل ، وان يودع الثمن
خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع فى اسباب الحماية
ولاسيما ما كان منها انسانى الصبغة . فخولة حق الحصول على نفقة
تقطع من ايراده اذا كان هذا الايراد محجوزا . اما الدائنون فيكفل لهم نظام
الاعسار قسطا من الحماية لايدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الاحكام الراهنة .
فليس لهم ان يشفقوا فى ظل هذا النظام من تقدم احدهم على الباقين بغير
حق ، ذلك ان مجرد تسجيل صحيفة دعوى اشهار الاعسار يكون من اثره
عدم نفاذ اى اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين
السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى اشهر اعسار المدين أصبح من
اهون الامور على الدائنين ان يأمنوا جانبهم فيما يصدر عنه من تصرفات
الضارة او المدخولة ، وأصبح اعمال احكام الدعوى البوليصية فريدا فى
بساطته ، فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه
انتقاص حقوقه او زيادة التزاماته ، وكل وفاء يقع منه ، لا ينفذ فى حق
الدائنين ، دون حاجة الى تحميلهم عبء اقامة الدليل على الغش ، وهو
عبء فى اغلب الاحيان غير يسير . ولتعزير حماية الدائنين من تصرفات المدين
الضارة او المدخولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين اذا ارتكب
اعمالا من اعمال الغش البين اضرارا بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل
المشروع بنظام الاعسار حماية واقية للدائنين من المدين وجعل من المساواة
الواجبة بينهم حقيقة واقعة ، وقد ذهب البعض الى ان نظام الاعسار ، =

والاعسار القانوني (déconfiture) ، ويختلف الاعسار الفعلي
عن الاعسار القانوني من وجوه عدة .
فالاعسار الفعلي حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة
ديون المدين - سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت
محقة الوجود - على حقوقه . أما الاعسار القانوني فحالة قانونية
(état de droit) تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة لأداء
على حقوقه ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في
حالة اعسار (état de déconfiture).

والآثار التي يترتبها القانون على الاعسار القانوني قد لا يترتبها
على الاعسار الفعلي . فسنرى أن سقوط الاجل (م ٢٥٥ فقرة أولى
وم ٢٧٣ مدني) ، ومنع المدين من التصرف في ماله (م ٢٥٧ مدني) ،
وتعريضه لعقوبة التبديد في حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدني) ، وجواز
اعطائه نفقة من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) ، وعدم جواز
الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢
مدني) ، انما يترتب ذلك كله على الاعسار القانوني ، لا على مجرد
الاعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة باعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقره
أولى مدني) ، وجواز انتهاء العارية اذا أعسر المستعير بعد انعقادها

= وان توافرت له المزايا التي تقدمت الاشارة اليها فليس يخلو
اعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعا . فاذا فرض في رأيهم أن أغلب
الملاك ينوعون بأعباء الدين ، فمن الخطر أن تتخذ اجراءات لاشهار اعسار
هؤلاء الملاك ، لان هذه الاجراءات تقضي من طريق العلانية القضائية الى
الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملاك لاعتبارات مادية
وأدبية . ولكن لو صبح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف
من وجوب رعاية ما يقتضي التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بمسند ذلك
أمر التساؤل عما اذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع خافية
غير معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر
بها في هذا الشأن ، فإن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثم
علانية اجراءات التوزيع القضائي وجلسات المزايدات ، (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ - ص ٦٦٠) .

أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف ح مدنى) ،
وتقديم كفيل موسر (أى غير معسر) اذا التزم المدين بتقديم كفيل
(م ٧٧٤ مدنى) ، وسقوط حق الدائن فى الرجوع على الكفيل اذا أعسر
المدين ولم يتخذ الدائن الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه
(قياسا على وجوب تقدمه فى تقليسة المدين اذا أفلس : م ٧٨٦ مدنى)
كل ذلك يترتب على الاعسار الفعلى دون حاجة الى أن يكون الاعسار
قانونيا . كذلك فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية استبقى
التقنين المدنى الجديد الاعسار على ما كان عليه فى التقنين المدنى
السابق ، اعسارا فعليا لا اعسارا قانونيا ، مسايرا فى ذلك تقائيد هاتين
الدعويتين . وينهض لتوجيه هذا رأى أن التقنين المدنى الجديد حدد
على وجه الدقة المقصود بالاعسار فى الدعوى البوليصية ، فنص فى
المادة ٢٣٩ على أنه « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا
أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن
له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالمرجع هنا اعتبر المدين
معسرا بمجرد ألا يكفى مائه للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير
المستحقة ، بينما هو فى الاعسار القانونى لايعتبر المدين معسرا الا اذا
كان ماله لايكفى للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير
المستحقة . فالاعسار القانونى ، كما نرى ، حالة أشد امعانا فى
الاستغراق بالدين من الاعسار الفعلى ، والتقنين المدنى الجديد صريح
فى أنه يكتفى فى الدعوى البوليصية — وتبعاً لذلك فى الدعوى غير
المباشرة — بالاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى (١) .

(١) انظر عكس ذلك الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٥٣ ص
٧٧ - ص ٧٨ - وفى رأينا أن التقنين المدنى الجديد اذا اطلق لفظ
« الاعسار » فلا يتخصص اللفظ للاعسار القانونى ، بل ينصرف الى محض
الاعسار أى الاعسار الفعلى (انظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٢٢٨ و
فقرة أولى و ٦٤٤ حرف ج) . أما اذا قصد بلفظ « الاعسار » الاعسار
القانونى ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى اشعارا بأهمية ما يترتب من
النتائج على ذلك ، فيقول مثلا : « يسقط حق المدين فى الاجل : اذا شهر
افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون . . » (م ٢٧٣ - وانظر ايضا
المواد ٢٥٥ فقرة أولى و ٢٥٦ فقرة ٢ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠) .

وقد ينتهى الاعسار القانونى قبل أن ينتهى الاعسار الفعلى .
ذلك أن الاعسار انقانونى ينتهى بموجب حكم اذا وفى المدين المعسر ديونه الحالة ، وينتهى حتما بقوة القانون اذا انقضت خمس سنوات على شهر الاعسار . فيتبين من ذلك أن الاعسار القانونى قد ينتهى ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسرا فعلا ، وهكذا قد يتناوب المدين اعسار فعلى ينتقل منه الى اعسار قانونى ليعود بعد ذلك اثنى اعسار فعلى . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .
وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ، الى بسط أحكام تنظيم الاعسار المدنى فى التقنين المدنى الجديد ، أى الى الكلام فى حالة الاعسار القانونى . فنبحث : (أولا) شهر حالة الاعسار (ثانيا) الآثار التى تترتب على حانة الاعسار (ثالثا) انتهاء حالة الاعسار .
ونقصد فيما يلى ، اذا أطلقنا لفظ « الاعسار » ، الاعسار القانونى أى الاعسار كحالة قانونية منظمة ، فاذا أردنا الاعسار الفعلى صرحنا بذلك (١) .

الفرع الاول

شهر حالة الاعسار

٦٩٣ - دعوى شهر الاعسار : لابد لثبوت حالة الاعسار ، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الاعسار . فوجب اذن أن نبحث أمرين : ١ - طرفى دعوى الاعسار ٢ - اجراءات هذه الدعوى .

(١) وشبيهه بتنظيم حالة الاعسار (م ٢٤٩ - ٢٦٤ مدنى) تنظيم تصفية الشركة (م ٨٧٦ - ٩١٣ مدنى) - ففى الحالتين لا يجوز التصرف فى أموال المدين المعسر ولا فى أعيان الشركة ، ولا يحتج على الدائنين بأى اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الاعسار أو بعد موت المدين ، ويعاقب المدين المعسر بعقوبة التبديد فى بعض الحالات كما يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال الشركة ولو كان وارثا ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين المعسر من ايراداته المحجوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن اجراءات تصفية الشركة اجراءات جماعية ، بخلاف اجراءات تصفية مال المعسر فهى كما رأينا اجراءات فردية .

المبحث الاول طرفا دعوى الاعسار

٦٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يشهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتى :

« يكون شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائئيه . وتتنظر الدعوى على وجه السرعة » .

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتى :

« على المحكمة فى كل حال قيل أن تشهر اعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتتنظر الى موارد المستقبل ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التى ادت الى اعساره ، ومصالح دائئيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدي ، عن طريق الخيرة ، على الوجهين الآتيين : « يجوز أن يشهر اعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء » أو « يجوز أن يشهر اعسار كل مدين غير تاجر اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » . وفى لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء الى أن نظام الاعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية فى مصر ، اذ هو يسئ الى مركز الدينين وهم أغلبية دون أن ينطوى على منفعة حقيقية لهم . فاجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الامر الواقع ، فالمدين الذى ينزع ملكة تتخذ قبله إجراءات علنية ، وليس فى شهر الاعسار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم ان النظام الذى وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، ويسر له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الاعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الاعسار المدني كما سبق القول .

= التي يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقع من الإفلاس كبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين ، أو إبرائه من الديون أيا كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . موافقت اللجنة على استيفاء نظام الاعسار في المشروع مع إحالة الاقتراح الخاص بإبراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة - والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتي : « يجوز أن يشهر اعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الاعسار ، وحيث أن هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد علم هذا الاعتراض بأن نظام الاعسار يكفل للمدين والدائن مزايا مدة لا تكفي في توفيرها الأحكام الجزئية التي وردت في سياق تحييد فكرة الحذف ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعمد الدعاوى ، وهي بالنسبة إلى المدين المعسر كثيرة وإجراءات شهر الاعسار قد تقضي على النقيض إلى الإقلال منها . ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض ، وأقرت نظام الاعسار في مجموعة ، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتي « غير التاجر » لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التاجر ، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص في القانون التجاري تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الاعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتي : « يجوز أن يشهر اعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء » تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ - ص ٦٦٥) . م ٢٥٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون اشهار الاعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين » بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه » . وفي لجنة المراجعة رأى أن تنظر دعوى الاعسار على وجه السرعة ، فعُدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) . م ٢٥١ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة =

وليس في التقنينات المدنية العربية الاخرى ما نظم الاعسار المدني
الا التقنينات السوري والعراقي والأردني . أما التقنين اللبني فقد
ترك الاعسار المدني دون تنظيم كما فعل التقنين المدني الفرنسي .
وكذلك شأن التقنين الليبي ، فقد أغفل تنظيم الاعسار . كما أغفل
تنظيمه القانوني المدني الكويتي .

وتقابل النصوص السالفة الذكر في التقنين المدني السوري المواد
من ٢٥٠ الى ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٠ و ٢٧١
فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الاردني المادة من ٣٧٥ الى ٣٧٧ (١) .

= تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب فمجلس
الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ - ص
٦٦٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٣٥٠
- ٢٥٢ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٠ : المدين المفلس الذي يكسبون دينه
المستحق الاداء ازيد من ماله ، اذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن
يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنيا على أسباب معقولة ،
وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو في اقراره بدين لآخر ،
حجرت المحكمة .

م ٢٧١ فقرة أولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداة بناء على
طلب أحد الدائنين .

(وتحديد الاعسار المدني في التقنين العراقي كتحيده في التقنين
المصري : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الاداء . وللمحكمة
سلطة تقديرية تستخلص من عبارة «وكان خوفهم مبنيا على أسباب معقولة»
والدائن ، دون المدين ، في التقنين العراقي ، طلب الحجر على المدين ، أما
في التقنين المصري فيجوز أيضا للمدين أن يطلب شهر اعسار نفسه . ومع
ذلك قارن الدكتور حسن على الفنون في احكام الالتزام في القانون المدني
العراقي فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب الى جواز أن يطلب المدين طلب
الحجر على نفسه في القانون المدني العراقي) .

التقنين المدني الاردني م ٣٧٥ : يجوز الحجر على المدين اذا زادت
ديونه الحالة على ماله .

م ٣٧٦ : ١ - يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن
المدين بناء على طلب المدين نفسه أو أحد الدائنين وتتنظر الدعوى على وجه
السرعة . ٢ - ويجوز لكل دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر =

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه في دعوى الاعسار هو المدين المعسر دائماً ، أما المدعى فيكون في الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

٦٩٥ - المدعى عليه هو المدين المعسر : من الطبيعي أن يكون المدعى عليه في دعوى الاعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ « المعسر » فقد قدمنا أن الاعسار القانوني ليس ضرورة هو الاعسار الفعلي (١) .

فالاعسار الفعلي هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه (٢)، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، ما دامت ديونا محقة الوجود . فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النزاع ، ولا الديون المعلقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون المعلقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فإنها تحسب جميعاً . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للاستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة . وإذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط ، استتزل من مجموع الديون ، وقد ينقلب المدين باستتزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً .

هذا هو تحديد الاعسار الفعلي . أما الاعسار القانوني فقد

= من رئيس دائرة الاجراء بحجز جميع اموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه ويبقى الحجز على اموال المدين قائماً لمصلحة الدائنين حتى ينتهي المحرز .

م ٣٧٧ : على المحكمة في كل حال قبيل أن تحجز المدين أن تراعى في تقديرها جميع الظروف التي احاطت به ومدى مسؤوليته عن الاسباب التي ائت الى طلب الحجز ومبالغ دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر في حالته المالية .

(وهذه الاحكام لا تختلف في مضمونها عما ورد بالتقنين المدني المصري مع ! اختلاف في تسمية الاعسار بالحجز) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بان الحكم برفض شهر الاعسار لعدم توافر الاعسار القانوني لا يؤدي بطريق اللزوم الحتمي الى انتهاء الاعسار الفعلي : نقض مدني في ٨ مايو سنة ١٩٧٨ . مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٢٢ ص ٢٢٣ من ١١٨٥ .

(٢) أو كما يقال عادة زيادة الخصوم (passif) على الاصول (actif) .

توخى له التقنين المدنى تحديدا آخر جعله أقل وقوعا من الاعسار الفعلى (١) . ونبادر الى القول — قبل تحديد الاعسار القانونى — أن الافلاس التجارى هو أيضا شيء آخر غير الاعسار الفعلى وغير الاعسار القانونى ، فالافلاس التجارى يجوز شهره بمجرد أن يتوقف اندين التاجر عن الوفاء بدين تجارى عليه فى الميعاد المحدد . ولا ينظر فى الافلاس التجارى الى ما اذا كان المدين معسرا بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسرا وتكون له أموال ترمى على ديونه أضعافا مضاعفة ، ولكن اذا كانت هذه الاموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب ، بأن تكون هى الأخرى ديونا فى ذمة مدينى المدين ثم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تقصر هذه الأموال عن الوفاء بالدين لأى سبب آخر ، فانه يجوز شهر افلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، ما دام قد توقف عن دفع دين تجارى عليه مستحق الأداء . وهذا هو الذى توجبه مقتضيات التعامل التجارى ، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد من أن يفى التاجر بدينه فى الميعاد المحدد للوفاء ، فإن دأبته قد ائتمنه واطمأن الى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مدينا اعتمد فى الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فمتى توقف مدينه عن الدفع توقف هو أيضا عن الدفع لدأبته ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضا عن الدفع لدأبته ، وهكذا دواليك ، فيجر توقف مدين الى توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ٤١٧ و ٢٢٧ من التقنين المدنى ان المشرع قد فرق بين الاعسار القانونى الذى استلزم توافره لشهر اعسار المدين واشترط لقيامه ان تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الاعسار الفعلى الذى استلزم توافره فى دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدى التصرف الصادر من المدين الى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الاداء أو مضافا الى أجل ، ويؤدى ذلك أن الاعسار الفعلى أوسع نطاقا من الاعسار القانونى فقد يتوافر الاول دون الثانى : نقض مدنى فى ٨ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ من ١١٨٥ .

نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيرة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الافلاس (١) .

وليس كذلك الاعسار القانونى . فان مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على اعساره ، ولا يجبر هذا التوقف عادة في المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التى رأيناها في التعامل التجارى . ومن ثم لم ير المشرع في التقنين المدنى الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار المدين معسرا . ولم يقف حتى عند الاعسار الفعلى ، بأن يكون مال المدين لا يكفى للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الامرين : الاعسار الفعلى والتوقف عن الدفع . وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الاعسار القانونى في المشروع التمهيدى للتقنين الجديد . فلم تختار لجنة المراجعة هذا الطريق (٢) ، واختارت الطريق الآخر انذى استقر في التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقا بالمدين . فلا يكفى ، حتى يجوز شهر اعسار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكفى أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد اعسارا من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها (٣) . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء ، لم يجز شهر اعساره ، حتى لو كانت

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسرا اعسارا فعليا او قانونيا ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر افلاسه (الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ - ص ١٨٠) .

(٢) انظر آتفا فقرة ٦٩٤ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٩ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ - ٦٦٤ .

(٣) او كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، بل يشترط أيضا أن تكون هذه الحقوق اقل من الديون المستحقة الأداء ، أى اقل من جزء معين من مجموع الديون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالية والمؤجلة (١) ، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الاعسار القانوني أضيق من الاعسار الفعلي ، وأن المعسر اعسارا فعلياً لا يكون بالضرورة معسرا اعسارا قانونياً ، وإن كان المعسر اعسارا قانونياً لابد أن يكون معسرا اعسارا فعلياً (٢) . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالية ثمانية آلاف

وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر اعسارا فعلياً لأن مجموع ديونه انحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر اعسارا قانونياً لأن ديونه الحالية لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالية اثني عشر ألفاً بدلاً من ثمانية آلاف ، لكان المدين معسرا أيضاً اعسارا قانونياً ، لأن ديونه الحالية أصبحت تربي على أمواله .

على أن الاعسار القانوني ، على ضيقة ، أوسع من الإفلاس التجاري ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه التجاري الحال يجيز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا اعسارا قانونياً ولا اعسارا فعلياً (٣) .

(١) ولا يقال إن الديون المؤجلة تحل بالاعسار ، فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الاعسار ، أي بالاعسار القانوني دون الاعسار الفعلي ، كما سنرى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر أن الاعسار الفعلي يختلف عن الاعسار القانوني ، فالأول أشمل مجالا من الثاني بحيث يتصور توافر الاعسار الفعلي مع افتقار الاعسار القانوني إلا أن توافر الاعسار القانوني يقتضي حتماً وبطريق اللزوم توافر الاعسار الفعلي : نقض مدني في ٨ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ من ١١٨٥ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يخضع المدين التاجر — في غير معاملاته التجارية — لنظام الاعسار المدني (القانوني) في دين مدني لدائن تاجر (كمن مفروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كآجرة المنزل الذي يسكنه التاجر) . انظر في هذا المعنى : الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس مقسمة ١٤٩ من ١٩٤ — من ١٩٧ .

٦٩٦ - عبء اثبات الاعسار . ويقع عبء اثبات اعسار المدين على من يطلب شهر اعساره ، ويكون غالبا أحد دائئية كما سـيأتى . ويمكن اثبات الاعسار — أى عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونته المستحقة الأداء — بجميع الطرق لأن الاعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة فى المادة ٢٣٩ مدنى ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه « اذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . فاذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء فى ذمة المدين ، كان للقاضى أن يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر ؛ وهى قرينة تقبل اثبات انعكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها اذا هو أثبت أن عنده مالا يكفى للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء (١) .

٦٩٧ - سلطة المحكمة التقديرية فى شهر الاعسار : وحتى بعد

(١) الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٢٨ — وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقة قرينة على اعساره ، فيتعين على المدين ، اذا أراد تلافى الحكم بشهر اعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فان لديه ما يكفى لسداد ديونه المستحقة (الاسكندرية الكلية الوطنية ٦ ابريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض — فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ — بأن الاعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لايقوم على نفى مطلق يتعذر اثباته ، بل يقوم على امر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الاثبات أنه اذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى ، كان على مدعيها اثبات خلافا متى أمكنه تحويلها الى قضية موجبة . فاذا لم يكن ذلك ممكنا ، او كانت الواقعة غير منضبطة النفى ، فان مدعيها يعتبر عاجزا عن اثبات دعواه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) .

هذا واذا كان المدين هو الذى طلب شهر اعسار نفسه — كما سياتى — فمقرراره بالاعسار حجة عليه ، الا اذا اثبت للقاضى أنه تصد بالاقرار التحايل .

اثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذى قدمناه : فليس من انصرورى أن تقضى المحكمة بشهر اعساره ، بل ان لها سلطة تقديرية واسعة فى ذلك •

فعلى المحكمة — كما تقول المادة ٢٥١ مدنى — فى كل حال ، قبل أن تشهر اعسار المدين ، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة • فتنظر الى موارد المستقبل ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الاسباب التى أدت الى اعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية •

فالظروف التى تراعيها المحكمة اذن فى تقديرها هى الظروف العامة التى أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف انخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت اعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده •

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضا أن تراعيها المحكمة (١) فى تقديرها لشهر الاعسار أو الامتناع عن شهره ، وهذه الظروف الخاصة اما أن ترجع الى الماضى • كمسئوليته عن الأسباب التى أدت الى اعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذرا متلافا • أما أن ترجع الظروف الخاصة الى الحاضر ، مثل ذلك مصـالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر اعساره ، ومثل ذلك أيضا رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه • واما أن ترجع الظروف الخاصة الى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقلة ، فقد ينتظر لعماله الزواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضا مقدرته الشخصية فقد

(١) وهذا بخلاف الحكم ، نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين •

يكون طبييا ماهرا أو مهندسا حاذقا فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتفادي شهر اعساره في الحال (١) .

وغنى عن البيان أن المحكمة ، وهي تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الاعسار ، فيقوم ذلك الى حد كبير مقام الصلح الواقى (concordat préventif) في المعاملات التجارية (٢) .

٦٩٨ — المدعى في دعوى الاعسار — أحد — الدائنين : أما المدعى في دعوى شهر الاعسار فيكون غالبا أحد دائنى المدين المعسر . ولدائن في ذلك مصالح شتى . فقد يخشى . بعد أن تيقن من اعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر الى تبديد ماله ، أو اخفائه ، أو التصرف فيه للاضرار بحقوق دائنيه (٣) . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر اعسار المدين ، أن يلغى جميع هذه انتصرفات . بل أنه ليعرض المدين الى عقوبة جنائية ، هي عقوبة التبديد ، اذا شهر اعساره وأقدم المدين مع ذلك على اخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً

(١) الاستاذ اسماعيل غانم فى احكام الالتزام فقرة ٩٥ من ٢١٧ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... للقاضى سلطة رحبة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ، واخذه بالشدة أو اصطناع الرفق فى معاملته ، وفقا لاحواله العامة والخاصة وقد يكون فى الاحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوتة فى خلال ازمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية اخرى أن لاحوال المدين الخاصة بالنصيب الاوفى فى توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها الى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق فى مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن اعسار ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٣) .

(٢) الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ٤٧ .

(٣) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى العراقى : « اذا خاف غرماؤه ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو أن يجعله باسم غيره ، .

فيها بقصد الاضرار بدائنيه ، أو تعتمد الاعسار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائئه (م ٢٦٠ مدنى) ، كما سيأتى (١) .

وقد يكون الدائن ، بعد أن يتيقن من اعسار مدينه ، يخشى أن ييادر دائنوه الآخرون الى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم ، لاسيما بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدنى الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدنى)، فيسببه الى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمدا طويلا قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفى مثل هذه الظروف يؤثر اندائن أن ييادر الى شهر اعسار مدينه ، وما دام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجل ، ويتيقن من اعسار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفى منه حقه . فييادر الى شهر اعسار المدين ، متمسكا بدين حال ، غير الدين المؤجل، لاتكفى أموال المدين للوفاء به (٢) . فاذا ما شهر اعسار المدين ، سقط

(١) ونرى انه حتى لو لم يوجد للمدين الا دائن واحد ، فان هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الاعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف في أمواله ، مع تعريضه للمعقوبة الجنائية . واذا جاز للدائن الواحد أن يشهر افلاس مدينه (انظر الاستاذ محسن شفيق فى الافلاس فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ — ص ٢٢١) ، مع تعقد اجراءات الافلاس وخطر نتائجها فاولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر اعسار مدينه ، وله فى ذلك مصلحة واضحة .

(٢) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك ، فى شهر اعسار المدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، وانما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفى أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شبين الكوم الكلية بان دعوى شهر اعسار المدين لا تجوز اقامتها الا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقا للمادة ٢٤٩ من القانون المدنى الجديد . وتقول المحكمة بحق : « وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الاداء بالمادتين ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فمرجعه فى التفسير الى صدور حكم بالاعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح فى ذلك » (شبين الكوم الكلية ٢٣ =

الاجل في الدين المؤجل ، ويأدر الدائن الى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، يدلا من أن يضيعه كله (١) .

٦٩٩ — المدعى في دعوى شهر الاعسار هو المدين نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدنى ، كما رأينا ، أن شهر الاعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التى تحدد بالدائن على أن يطلب شهر اعسار مدينه ، فبقى أن نقتين الدوافع التى تحدد بالمدين نفسه على أن يطلب شهر اعساره .

قد يرى المدين أن انديون قد أثقلته : وأن الظروف التى تحيط به تشفع له ، فيعمد الى طلب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالية ، وحتى يمد الآجال بالنسبية الى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدنى وسيأتى بيانها) . فيتمكن بذلك من تسوية حالته المالية في هدوء وطمأنينة ويشبه هذا فى الافلاس التجارى المصلح مع الدائنين (concordat).

وقد يكون المدين غارقا فى ديونه ، تنهال عليه الحجز من كل جانب : وقد حجزت ايراداته فمنع مورد رزقه ، فيعمد الى طلب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدنى وسيأتى بيانها) يقات منها الى أن تتم تصفية أمواله (٢) .

= نوفمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .
(١) وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية انه لايشترط أن يكون الدائن رافع دعوى شهر الاعسار هو حتما صاحب الدين الحال الاداء ، فقد يكون حق هذا الدائن مؤجلا ولكن ثبت لديه اعسار مدينه ويخشى أن ينتظر حلول الاجل فلا يجد عنده ما يستوفى منه حقه فيبادر الى طلب شهر اعساره متمسكا بدين حال غير الدين المؤجل الذى لا تكفى اموال المدين للوفاء به .
فالدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك فى شهر اعسار المدين بحقه هو لانه غير حال وانما يتمسك بحق حال لدائن آخر لا تكفى اموال المدين لوفائه .
(محكمة القاهرة الابتدائية فى ٣١ من اكتوبر سنة ١٩٦٠ — المجموعة الرسمية للاحكام السنة ٦٠ العدد الاول رقم ٤٥ ص ٣٦٨) .
(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٩٥ .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر اعرار نفسه يكون فى دعوى
يرفعها عليه أحد دائئيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر
اعرار نفسه (١) .

٧٠٠ — شهر الاعرار لا تطلبه النيابة العامة ولا تقضى به
المحكمة من تلقاء نفسها : وفى الافلاس التجارى يجوز للنيابة العامة
طلب شهر افلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر افلاس
التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجارى
على أن « الحكم بإشهار الافلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس
المدين المفلس أو طلب مدائنيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية أو تصدره
المحكمة من تلقاء نفسها » . وليس هنا محل الكلام عن الافلاس
التجارى ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء
نفسها . وانذى يعنينا أن نبينه فى هذا الصدد أن الاعرار المبدنى
لا يخضع لهذا النظام ، اذ لا يوجد نص فى تنظيم الاعرار يسمح به ،
بل أن ص المادة ٢٥٠ مدنى يقضى ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الاعرار
بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائئيه . فلم يذكر النص النيابة
العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بشهر اعرار المدين
غير التاجر ، وذلك لان الاعتبارات التى تستوجب هذا الحكم فى المعاملات
انتجارية لا وجود لها فى المعاملات المدنية (٢) .

(١) ويجوز للمدين أن يطلب شهر اعرار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء
أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطنه ، ويكون دائئوه هم الخصوم فى
هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر افلاس نفسه ، فقد ورد
فيه نص خاص ، اذ قضت المادة ١٩٧ من التقنين التجارى بأن « الحكم
بإشهار الافلاس بناء على طلب المدين المفلس يكون بمجرد تقديمه تقريراً الى
قلم كتاب المحكمة الكائن محله فى دائرة اختصاصها بأنه وقف عن دفع
ديونه » .

(٢) لاسيما — كما يقول الاستاذ محسن شفيق (الافلاس فقرة ٣٠ ص ٥٥)
— أن تخويل المحكمة حق شهر الافلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد
العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

المبحث الثانى

اجراءات دعوى الاعسار

٧٠١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الاعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوما ، تبدأ من تاريخ اعلان تلك الاحكام » .
وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتى :

« ١ — على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الاعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغاؤه ، وذلك كله يوم صدور الحكم » .
« ٢ — وعلى الكاتب أيضا أن يرسل الى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات وانتاشيرات لاثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل » .

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتى :

« يجب على المدين اذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن ، سواء أأخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها (١) » .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في
التقنين المدني السوري المادتين ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني
العراقي المادة ٢٧١ فقرة ٣ر٢ ، وفي التقنين المدني الاردني المادتين
٣٧٨ — ٣٧٩ (١) .

= م ٢٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدي على
الوجه الآتي : « على كاتب المحكمة أن يتخذ الاحكام الصادرة باشـهـار
الاعسار ، يوما نيوما ، في سجل عام يرتب بحسب اسماء المعسرين ، وطبقا
لما يقضى به نظام الفهارس . وعليه أن يؤشر في هامش القيد المذكور
بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق » . وفي لجنة المراجعة اضيفت
فقرة ثانية الى النص على الوجه الآتي : « وعليه أيضا أن يرسل الى قلم
كتاب محكمة مصر صورة الاحكام لقيدها في سجل عام ينظم وفقا لقران يصدر
من وزير العدل ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها
مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ رؤى وجوب أن يكون تسجيل
صحيفة الدعوى وقيد الحكم في محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على
تسجيل صحيفة الدعوى طبقا للترتيب الطبيعي . وهذا اجراء تستلزمه حماية
مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني
الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما
عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ — ص ٦٧٢) .

م ٢٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة
المراجعة تحت رقم ٢٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ،
فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ —
ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٣ —
٢٥٤ (مطابقتان للمادتين ٢٥٣ و ٢٥٤ من التقنين المدني المصري ، فيما
عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، في التقنين السوري ، يرسل
الى ديوان وزارة العدل — لا الى محكمة العاصمة كما في التقنين المصري —
صورة التسجيلات والتأشيرات لاثباتها في سجل عام . ولا مقابل في التقنين
السوري للمادة ٢٥٢ من التقنين المصري وهي المادة التي تقصر مواعيد
المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لاي دائن بمقتضى
هذا الحكم (حكم الحجز على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الاجراء
على قرار بمعجز اموال المدين المعجز من عقارات ومنقولات وديون في ذمة
الغير ، عدا الاموال التي لايجوز حجزها . ويبقى الحجز على اموال المدين
ثامنا لمصلحة جميع الدائنين حتى ينهى الحجر .

٧٠٢ - المحكمة المختصة بالحكم بشهر الاعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدنى تقضى بأن المحكمة المختصة بالحكم بشهر الاعسار هي المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية اذن ينظر دعاوى الاعسار .

٧٠٣ - نظر الدعوى على وجه السرعة - تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف : وتقضى المادة ٢٥٠ مدنى أيضا أن تنتظر دعوى الاعسار على وجه السرعة . فيبين فى صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى

= فقرة ٣ : ويقام المدين نفسه حارسا على امواله المحجوز عليها ، الا اذا قضت الضرورة بغير ذلك .

(ويتبين من نصوص التقنين العراقى انه لايكفى الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضا أن يتبع ذلك حجز كل اموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الامكان ، حارسا على امواله حتى يكون مسئولا عن تبديدها - انظر الدكتور حسن على الزنون فى احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠١) .

التقنين المدنى الاردنى م ٣٧٨ : ١ - على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تعتبر فيه دعوى الحجر ان يسجل استدعاءها فى سجل خاص يرتب بحسب اسماء المدينين المطلوب حجرهم وعليه ان يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده او بالغاؤه وذلك كله يوم صدور الحكم . ٢ - وعلى الكاتب ايضا ان يرسل الى ديوان الوزارة صورة من هذه التسجيلات والتاثيرات لاثباتها فى سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .

م ٣٧٩ : يجب على المدين اذا تغير موطنه ان يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير على نفقة المدين صورة من حكم الحجر ومن البيانات المؤشر بها فى هامش الوطن سواء اخطره المدين ام علم بذلك من أى طريق آخر ان يرسل على نفقة المدين صورة من حكم الحجر ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل الى المحكمة التى يتبعها الوطن الجديده لتقوم بتقيدها فى سجلاتها .

(وهذه الاحكام تطابق الى حد كبير نص المادتين ٢٥٢ و ٢٥٤ من التقنين المدنى المصرى باستثناء جعل النوط به امساك السجل العام الذى تقيد به اسماء من صدرت احكام بالحجر عليهم أى المصرين ففسد رأى المشرع اناطه ذلك بديوان وزارة العدل . ولم ير التقنين المدنى الاردنى معالجة طرق مواعيد الطعن فى حكم الحجر (الاعسار) كما فعل المشرع المصرى فى المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى المصرى بل ترك ذلك للقواعد العامة فى تقنين المرافعات وحسنا ما فعل .

فيها بالإيجار (م ٦٣ مرافعات) • وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل الا عند الضرورة ، والاجل قريب •

والحكم الذى يصدر فى الدعوى بشهر الاعسار يكون قابلاً للمعارضة اذا صدر غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر الى ثمانية أيام من تاريخ اعلان الحكم الغيابى للمدين (م ٢٥٢ مدنى) • ولا بد من القول بان الحكم الذى تضمنته المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى من جواز الطعن بالمعارضة فى الاحكام انى تصدر فى دعاوى شهر الاعسار يعتبر استثناء من أحكام تقنين المرافعات التى لاتجيز الطعن بالمعارضة فى الاحكام بصفة عامة ، اذ ان المادة ٢٥٢ المشار اليها تعتبر نصاً خاصاً متعلقاً بدعاوى شهر الاعسار لم تتناولها بالالغاء أحكام تقنين المرافعات باعتباره قانوناً عاماً فى الاجراءات •

ويكون الحكم الصادر فى دعوى شهر الاعسار ، سواء صدر بشهر الاعسار أو بالرفض ، قابلاً للاستئناف • فلو أن الدائن رفع الدعوى صورة من هذه التسجيلات والتأثيرات لاثباتها فى سجل عام ، ينظم وفقاً على المدين بطلب شهر اعساره ، وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الاعسار. جاز للمدين المحكوم عليه بشهر اعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التى تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم الابتدائى •

وكذلك اذا صدر الحكم الابتدائى برفض شهر الاعسار ، جاز للدائن استئنافه • وميعاد الاستئناف ، كما تقضى بذلك المادة ٢٥٢ مدنى ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ اعلان الحكم • وهذا النص الخاص بميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى شهر الاعسار ويبدء سريان هذا الميعاد ، يعتبر نصاً خاصاً لم تنسخه الاحكام العامة الواردة فى تقنين المرافعات فى شأن ميعاد استئناف الاحكام ويبدء سريانها والمنصوص عليها فى المادتين ٢١٣ ، ٢٢٧ مرافعات •

٧٠٤ — الحكم الصادر بشهر الاعسار منشئ لا كاشف وهو حجة على الكافة : والحكم انصادر بشهر الاعسار هو حكم منشئ لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين الى حالة اعسار يرتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال ان الحكم انما كشف عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الاعسار هو حالة قانونية يشترط في قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الاوضاع هي التي تنشئ الحالة القانونية (١) .

ولما كان الحكم ينشئ حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة . والمدين الذي شهر الحكم اعساره يعتبر معسرا ، لا بالنسبة الى الدائن الذي رفع دعوى شهر الاعسار وحده ، بل أيضا بالنسبة الى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة الى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه . ذلك أن حالة الاعسار لا تتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسرا بالنسبة الى بعض ، وموسرا بالنسبة الى الآخرين (٢) . ويترتب على أن الحكم بشهر الاعسار حجة على الكافة أمران : ١ — يجوز لكل ذي مصلحة — كدائن لم يدخل في الدعوى أو شخص تصرف له المدين المعسر — أن يطعن في الحكم بشهر الاعسار عن طريق التماس اعادة النظر ، اذا أثبت أن دعوى شهر الاعسار انما رفعت غشا بالتواطؤ بين طرفي الدعوى أو أن المدين قد أهمل اهمالا جسيما في الدفاع عن نفسه ونجم عن هذا الاهمال أن حكم بشهر اعساره «م» ٢٤١ فقرة ٨ مرافعات» ٢ — مادام الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلائية حتى يتمكن ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ماننتقل الآن اليه .

(١) انظر عكس ذلك الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٢٩ — وانظر في أن الحكم كاشف لا منشئ في الحالة الحاضرة للقانون المسدنى الفرنسى حيث لم ينظم الاعسار ولم يجعل شهره موكولا الى حكم : بلانيول وريبير ورنوان ٧ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٢٩ .

(م ١٠٠ — الوسيط ج ٢)

٧٠٥ — العلانية التى نظمها القانون للحكم الصادر بشهر
الاعسار : كفل انقانون العلانية للحكم الصادر بشهر الاعسار عن
طريقين : ١ — طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم
بشهر الاعسار ، وهذه هى الجهة المحلية للاعلان عن الحكم ٢٠ — طريق
قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه هى الجهة المركزية الرئيسية
للاعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدنى ، كما رأينا ،
بأن كاتب المحكمة الابتدائية التى رفعت أمامها دعوى شهر الاعسار
ينظم سجلا خاصا مرتبا بحسب أسماء المعسرين حتى يتييسر البحث
فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى الاعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى
في هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين المطلوب شهر اعساره . ومتى
صدر الحكم فى الدعوى ، أشر يوم صدوره ، فى هامش التسجيل المذكور ،
بالحكم الصادر . وإذا طعن فى الحكم بالمعارضة أو بالاستئناف أو
النقض أو التماس إعادة النظر ، أشر ، فى هامش التسجيل أيضا ،
بالحكم الصادر فى الطعن المذكور بالتأييد أو بالالغاء ، ويكون ذلك يوم
صدور الحكم . وبذلك تجتمع فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل
مدين رفعت عليه دعوى شهر الاعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع
الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذى
شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعما اذا
كانت دعوى الاعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم فى هذه الدعوى ،
فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجودا فى المحكمة
الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال فى أن يغير
المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه البيانات الى المحكمة التى بها موطن
المدين الجديد لنقلها فى سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين
انما يبحثها فى قلم كتاب المحكمة التى يوجد بها موطنه الاخير وهو
الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدنى بأن المدين
الذى شهر اعساره ، اذا غير موطنه ، وجب عليه أن يخطر بذلك

كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وهي المحكمة التي قيّد في سجلها الخاص حكم شهر الاعسار • وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أى ذى مصلحة، فإنه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل الى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص • وبذلك يستطيع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة (١) •

وننتقل الآن الى الجهة المركزية • فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتى : « وعلى الكاتب أيضا أن يرسل

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ — ص ٦٧٤ •

وغنى عن البيان أنه لايزال هناك احتمال الا يخبر المدين كاتب المحكمة بتغيير موطنه والا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطيع الاهتداء على حالة المدين في موطنه الجديد • ومن اجل ذلك كان المشروع التمهيدى (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذى شهر اعساره بعقوبة التبديد حالة ما اذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الاخطار اللازم الى كاتب المحكمة ، وتترتب على التغيير ضرر لدائنيه • ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع في العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة • وسنرى أن المادة ٢٥٧ مدنى تقضى بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لايسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين • وكان المشروع التمهيدى لهذه المادة (م ٣٤٤ من المشروع) يضيف في آخر النص العبارة الآتية : « كل ذلك دون اخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الاعسار » • وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه العبارة ما يأتى : « ولايرد على هذه القاعدة الا استثناء واحد ، يعرض في النادر ، حيث يمتنع على الغير العلم باعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الاعسار في قلم كتاب المحكمة ، بسبب تغير المدين لمحل غشا » • ولكن العبارة حذفت في لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين لمحل موطنه غشا جزاء خاص ، جنائى أو مدنى ، وترك الامر الى القواعد العامة ، فيكون المدين الذى غير موطنه غشا هو المسئول امام من تصرف له ، مع اعتبار التصرف غير سارى في حق الدائنين • انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ — ص

الى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأثيرات
لائياتها في سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل .
والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام
تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأثيرات التي قيدت في السجلات
الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية في البلاد . وبذلك تتوحد جهة
مركزية يستطيع الباحث اذا رجع اليها أن يعلم بحالة المدين في أى
موطن كان (١) .

الفرع الثانى

الأثار التي تترتب على حالة الاعسار

٧٠٦ — نوعان من الأثار : يترتب على شهر اعسار المدين نوعان
من الآثار : ١ — آثار بالنسبة الى المدين ٢٠ — وآثار بالنسبة الى
الدائنين .

المبحث الاول

بالنسبة الى المدين

٧٠٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدنى
على ما يأتى :

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر
قرار من وزير العدل بذلك — هذا ولا توجد وسائل اعلان لحكم شهر
الاعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الاعلان في الصحف،
وهى اجراءات ان جائت فى المعاملات التجارية لما للاعلان عن الحكم من
اهمية فى هذه المعاملات ، فهى لا ضرورة لها فى التعامل المدنى . على أن
الاعلان عن حكم الاعسار — ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك فى اقسام
كتاب المحاكم — ضرورى لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين
بعضهم من بعض ، لاسيما بالنسبة الى الاجراءات الفردية التى قد يتخذها
بعض الدائنين .

« متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى في حقوق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين » •
وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك يثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لاجراءات التوزيع » •

« ٢ — وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، الا اذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » •

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتى :

« اذا أوقع الدائنون انحجز على ايرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار أن يقبر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة • ويجوز التظلم من الامر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم » •

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتى :

« يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين :

« (أ) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الاعسار بقصد
الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر
اعساره » •

« (ب) اذا كان بعد الحكم بشهر اعساره ، أخفى بعض أمواله

ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها ،
وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى ونساء يقوم به المدين ، كل ذلك دون اخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الاعسار » . م ٣٤٥ : « ١ — غير أنه يجوز للمدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ — فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين ايداعه خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لأجراءات التوزيع » — وفى لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٢٤٤ العبارة الأخيرة وهى : « كل ذلك دون اخلال بحقـــــــــــــــــوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الاعسار » . ما دام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الاعسار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ وص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يعاقب المدين الذى أشهر اعساره بعقوبة التبديد فى الحالات الآتية : (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعتمد الاعسار غشاً =

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري المواد ٢٥٧ — ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٧٢
و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ ، وفي التقنين المدني الاردني المواد ٣٨١ —
٢٨٣ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن
طريقتين : ١ — منع نفاذ هذه انتصرفت في حقهم ٢٠ — تعريض المدين
لعقوبات جنائية اذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هي في الوقت ذاته
ترعى جانب انرافة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من ايراداته
المحجوزة .

= وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالمدين : (ب) اذا كان بطريق الغش ،
وبعد الحكم باثهار اعساره ، قد أثر دائئا على آخر ، أو أخفى بعض
امواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديونا صورية
أو ديونا مبالغ فيها . (ج) اذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على
هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (ج) ولم يدم
التوسع في العقوبات ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٢ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ادخلت تعديلات
لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبحت
المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة
الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري
م ٢٥٧ — ٢٦٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٧٢ — يتفق على المدين المحجور وعلى
من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله . فاذا أوقع الدائنون الحجر على
ايراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء
على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة .
م ٢٧٤ — اذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر اقراره . واذا دفع
من ماله ديناً في ذمته لاحد غرمائه ، فليسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي
دفعه .

م ٢٧٦ يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثّل
ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن
لوفاء ديونه . فاذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعيّن
ايداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقا للاجراءات المقررة . =

٧٠٨ — عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائئيه : هنا نجد مزية من أهم مزايا شهر اعسار المدين . فقد كان الدائئون قبل شهر اعسار مدينهم موكولين الى الدعوى البوليصة ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم الا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشا للاضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضا سىء النية، اذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر اعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه ان

= م ٢٧٧ — يجوز للمدين ، باذن من المحكمة ، ان يتصرف فى ماله ولو بغير رضا الدائئين ، على ان يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائئون منه حقوقهم .
(وأحكام هذه النصوص تتفق فى مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصرى ، مع فروق أهمها : ١ — نص التقنين العراقى على عدم نفاذ اقرار المدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الاخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، فى التقنين العراقى ، لا تسرى فى حق الدائئين . كذلك يمكن القول فى التقنين المصرى بعدم نفاذ اقرار المدين المعسر . ٢ — نص التقنين العراقى على جواز أن يصفى المدين المعسر امواله كلها أو بعضها بموافقة اقلية من الدائئين . وقد كان هذا النص موجودا فى المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . ٣ — اشترط التقنين العراقى اذن المحكمة لتصرف المدين المعسر فى المال بثمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد فى التقنين المصرى . ٤ — لم يرد فى التقنين العراقى ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر اذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك فى التقنين المصرى . ويقسول الاستاذ حسن على الذنون (أحكام الالتزام القانونى المدنى العراقى ص ١٠٢) أن فى نصوص قانون العقوبات البغدادى ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدنى المصرى ، اذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على ان « كل من عهد اليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لاي غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائده أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر . . . يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين وبالعقوبة أو باحدى هاتين العقوبتين » . وتنص المادة ٢٧٤ — وهى المادة المقصودة — على ما يأتى : « وتنطبق هذه العقوبات أيضا على مالك الاشياء المحجوز عليها اداريا أو قضائيا الذى عهدت اليه هذه الاشياء بصفته حارسا عليها الخ » . ويلاحظ أن التقنين المصرى حدد أعمالا أخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للاموال التى فى حراسته وذلك كتعمد الاعسار واصطناع الديون (انظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الاستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) .

ينقص من حقوقه كالتبعية والهبة ، أو يزيد في التزاماته كالقرص ، وأى وفاء يقوم به ولو لدين حال (١) ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة الى اثبات اعسار المدين فهو ثابت بشهر الاعسار ، ودون حاجة الى اثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان المتصرف معاوضة (٢) . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذى تقدمه الدعوى البوليصية (٣) . وغنى عن البيان أن أى تصرف يرمى به المدين

= **التقنين المبنى الارضى م ٣٨١ :** يترتب على الحكم بالحجر على المدين ألا ينفذ في حق دائنيه جميعا تصرفه في ماله الموجود والذى يوجد بعد ، وقراره بدين لآخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء .

م ٣٨٢ : اذا وقع الحجر على المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ماله ، ويجوز الاعتراض على القرار الذى يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ان كان الاعتراض من المدين ومن تاريخ تبليغ القرار للدائنين ان كان الاعتراض منهم .

م ٣٨٣ فقرة ٢ : ويعاقب المدين بعقوبة الاحتيال في الحالات الآتية : (١) اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد التقليل بقصد الاضرار بدائنيه وانتهت الدعوى لصدور حكم عليه بالدين وبالحجر (ب) اذا كان بعد الحكم بالحجر قد اخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغيا فيها وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه . (ج) اذا غير بطريق الغش موطنه وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه .

(وهذه الأحكام تكاد تماثل ما ورد بالتقنين المدنى المصرى وازدادت الى الحالات المعاقب عليها حالة تغيير الموطن غشا ونجم عن ذلك الجاق الضرر بالدائنين ويلاحظ أن هذه الحالة كان منصوصا عليها في المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ولكن لجنة المراجعة حذفها لعدم التوسع في العقوبات) .

(١) كذلك لاتقع المقاصة اذا لم تتحقق شروطها الا بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فان الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقا في أموال مدينهم ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدنى على أنه « لايجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير » — والتاريخ العرفى لتصرف المدين حجة على الدائن ، الى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وأنه في الحقيقة لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الاعسار فلا يسرى التصرف في حقه .

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو انقاص الالتزامات يصح ، كما هي الحال في الدعوى البوليصية .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٦٨١ .

الى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو بإعطائه ضمانا لدينه ، يكون غير سار في حقوق الدائنين الآخرين (١) .

وعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائما فيما بين المدين والمتصرف له . فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت في ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائما . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضا قائما ما بين المدين والمتصرف له (٢) .

ولا يوجد في قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر الا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدنى . فان هذه المادة تقضى بجواز أن يبيع المدين ماله ، ولو يغير رضاء دائنيه ، بشرطين: ١ — أن يكون البيع

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام في محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين في حالة أعسار وأن تصرفاته لا تنفذ في حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطع الغير الذى تعامل معه أن يعلم بشهر أعساره من سجل المحكمة التى يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث في السجل العام في محكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدى ، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم في لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى في هذه الحالة لا ينفذ في حق الدائنين ، ولا يكون للغير الا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليست له قيمة كبيرة لأعسار المدين (انظر آتفا مقسرة ٧٠٥ في الهامش) . وقد يقال في تبرير هذا الحكم ان الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة أعسار المدين وهى الرجوع الى السجل العام في محكمة مصر الابتدائية .

(٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضا أو أى تصرف آخر يجعله مدينا للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف أيضا في حق الدائنين . ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الإعسار يتقدمون على الدائنين التاليين للإعسار ، ويستوفون الاولون حقوقهم من اموال المدين قبل الآخرين .

بثمن المثل ، فان نقص عن ثمن المثل فان التصرف لا يكون ساريا في حق الدائنين الا اذا اكمل المشتري الثمن الى ما يعادل ثمن المثل (١) ٢٠ — أن يودع المشتري الثمن كله ، بما في ذلك تكملته الى ثمن المثل ، في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقا لاجراءات التوزيع (٢) . وهذا الاستثناء لا ضرر فيه على الدائنين ، فقد بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين . وفيه خير للمدين ، فقد ترك يصفى ماله بنفسه ، ولم يخس فيه كما كان يحتمل أن يخس لو بيع المال في المزاد العلني ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه البيع الجبري (٣) .

٧٠٩ — حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : ومن مميزات شهر اعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر اعساره عرضة للعقوبة الجنائية اذا ارتكب أعمالا معينة (٤) . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد :

(الحالة الأولى) اذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قيل أن يشهر

(١) وعند الخلاف في تقدير ثمن المثل يرجع الى رأى الخبراء (انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) .

(٢) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البوليصية من أنه « اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة » (الاستاذ اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) .

(٣) وكان المشروع التمهيدى يتضمن استثناء آخر ورد في المادة ٢٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة اغلبية من الدائنين تمثيل ثلاثة ارباع الديون أن يبيع كل ماله او بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . وقد كان هذا ضربا من التصفية يشبه التصفية في الافلاس التجارى . ولكن هذا الاستثناء حذف في لجنة المراجعة (انظر آتفا فقرة ٧٠٧ في الهامش) . (٤) وهذا شبيهه بالافلاس بتقليس او بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية . ولكن الاعسار ، بخلاف الافلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه في الانتخاب او الترشيح للمجالس النيابية .

اعساره ، ثم حكم عليه بالدين • فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الاضرار بدائتيه ، بأن يحد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديونا صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدي الى اعساره ، وذلك تهربا من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر • فلهذه الجريمة اذن ركنان : ١ — ركن مادي هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الاعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لا حق له • ٢ — وركن معنوي هو تعمد الاعسار اضرارا بالدائنين وتهربا من تنفيذ الحكم بالمديونية • ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون اعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية • واعسار المدين على هذا النحو شبيه بالافلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية •

(الحالة الثانية) اذا حكم على المدين المعسر بشهر الاعسار ، فعمد الى الاضرار بدائتيه عن طريق أحد الاعمال الآتية : ١ — اخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الاخص في المنقولات فانه يسهل اخفاؤها • ولا يعتبر اخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين اذ هو غير نافذ في حقهم • ٢ — اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائتيه بانقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ • وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الاعسار ، والا لم تكن نافذة في حق الدائنين فلا تضربهم (١) ٣ — اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها • مثل ذلك أن يعمد المدين الى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الاعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من

(١) ونرى أن الدائن الصوري اذا كان متواطئا مع المدين ، بأن كان عالما بشهر اعساره وأنه انما اراد الاضرار بدائتيه ، يعتبر شريكا للمدين في الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد •

نصيب الدائنين الآخرين (١) . وظاهر أن هذه الاعمال الثلاثة — اخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها — هي الاعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهي أشد الأعمال اضراراً بدائنيه . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذي يأتي عملاً من هذه الاعمال إنما يبدد الاموال التي تعلقت بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة في ائحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادي هو صدور حكم بشهر الاعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها ، وركن معنوي هو قصد الاضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا أيضاً يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية (٢) .

٧١٠ — تقدير نفقة للمدين المعسر : وهنا تظهر احدى فوائد شهر الاعسار للمدين المعسر نفسه . فهو اذا لم يكن قد شهر اعساره ، جاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله ، فيما عدا الأموال التي لايجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها . أما اذا شهر اعسار المدين ، فبالإضافة الى الأموال التي لايجوز الحجز عليها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الاعسار ، يستطيع المدين ، اذا كان الدائنون قد أوقفوا الحجز على

(١) ونرى أيضاً في هذه الحالة انه اذا كان الدائن الذي بالغ في قيمة دينه متواطئاً مع المدين المعسر على النحو الذي قدمناه في الصورية ، فإنه يعتبر شريكاً له ، ويعاقب مثله عقوبة التبديد . وغنى عن البيان أن الدائنين هم المكلفون باثبات كل من الصورية والمبالغة في مقدار الديون ، ويستطيعون الاثبات بجميع الطرق لما يلائس العمل من غش .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هي حالة ما اذا غيّر موطنه ولم يخطر كتب المحكمة بالتغيير غشاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه الصالة حتى لا تتوسع في توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٨٩ — وانظر انفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

ايراداته فبقى دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار — أى المحكمة التى بها موطنه — يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) • فإذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضة التى قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، اذا رآه غير كاف ، الى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، وجاز أيضا للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، اذا رأوه مبالغاً فيه ، الى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ اعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدنى) • ويجوز التظلم من كلا الطرفين الى الأمر نفسه — رئيس المحكمة — أولاً ، ويحكم الرئيس فى التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بالغاؤه ، ويكون حكمه قابلاً للطرق الطعن المقررة للأحكام (م ١٩٩ مراfcات) (١) •

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة الى أن تنتهى تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها الا الأموال التى لايجوز الحجز عليها كما سبق القول • وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لايمنع من بيع المال الذى يتقاضى المدين النفقة من ريعه •

المبحث الثانى

بالنسبة الى الدائنين

٧١١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يترتب على انحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة • ويخصم من هذه الديون مقدار الفوائد الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل » •

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ من ٦٨٥ — من ٦٨٦ •

« ٢ — ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة الى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة الى الديون الحالية ، اذا رأى أن هذا الاجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا » .
وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتي :

« ١ — لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين » .

« ٢ — على أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٥٥ — ٢٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص في المقتنين ٢٤٠ و ٢٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة ادمجت المادتان في مادة واحدة « واصبح رقمها ٢٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، بمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ — ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص في المادتين ٢٤٢ و ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وادمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء أن استبقاء الاجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الاعسار ينتد نظام الاعسار قيمته « ولكن اللجنة أثرت استبقاء نظام الاعسار على هذا الوجه من الاجراءات الفردية « وفضلت ذلك على الاجراءات الجماعية المتبعة في الاعمال التجارية . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما اقترحه لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٨٠) .

٢٧٣ و ٢٧٥ وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٨٠ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعا ، مع ابقاء المدين قائما على مائه دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : ١ — تكون الاجراءات التي يتخذها الدائنون للتعفيذ على المدين المعسر اجراءات فردية ، لا اجراءات جماعية . ٢ — تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام ، تحقيقا للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . ٣ — لا تنفذ حقوق الاختصاص التي قد يأخذها بعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقا للمساواة ، هنا أيضا ، بين الدائنين . ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — اجراءات فردية لا اجراءات جماعية : تقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه « لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين » . وهنا يتجلى المقوم الاساسي للاعسار المدني ، فهو ليس كالاflas انتجاري يؤدي الى اجراءات جماعية .

(١) التقينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٥ — ٢٥٦ (مطابقتان للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٧٣ (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٧٥ — يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الاجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الاخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الاولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدني المصري . ولم يعرض التقنين العراقي لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لانه لا يعرف هذه الحقوق — انظر الدكتور حسن علي النون في احكام الالتزام في القسانون المدني العراقي فقرة ١٠٥ ، وفقرة ١٠٧) .

التقنين المدني الاردني م ٣٨٠ : يترتب على الحكم بالحجر ان يحل مافي ذمة المدين من ديون مؤجلة . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الاولى من المادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائما على ادارته ، وهذا بخلاف التاجر المفلس فان امواله تنزع من يده وتنقل الى حيازة السنديك • وفي الاعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون و اتحاد (union) ، كما يجرى الامر في الافلاس • فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ اجراءات جماعية للتنفيذ بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الاجراءات الفردية مما يسمح به القانون • فكل دائن أن يحجز على اموال المدين ، ما كن موجودا منها قبل شهر الاعسار وما استجد بعده • ولكل دائن أن يبادر قبل غيره الى استيفاء حقه من اموال المدين ، فاذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفي حقه كاملا دونهم • فالمساواة اذن بين الدائنين انما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية ، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعا ولكن لا يمنع من أن يتخذ أحدهم اجراءات فردية يسبق بها الآخرين •

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين :
١ — اسقاط آجال الديون • ٢ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص •

٧١٣ — آجال الديون : اذا شهر اعسار المدين ، كان ذلك اشعارا للدائنين بأن يبادروا الى التنفيذ على امواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم • ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل في مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة الى انتفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار الى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالية جميع اموال المدين • لذلك نصت الفقرة الاولى من المادة ٢٥٥ على أنه « يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل » • فمجرد صدور الحكم بشهر اعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة

(م ١٠١ — الوسيط ج ٢)

تجوز المبادرة الى التنفيذ بها ، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحالية . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالية من حلول الديون المؤجلة قبل انقضاء الاجل ، نص القانون عسلى أن يخضم من هذه الديون المؤجلة التى حلت بشهر الاعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل . فاذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الاعسار وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها $\frac{1}{6}$ ، فان الدين يصبح حالا بعد أن يخضم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فان كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخضم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر $\frac{1}{4}$ أو $\frac{1}{5}$ بحسب ما يكون ديناً مدنياً أو تجارياً . أما اذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان المتفق عليه أن يدفع فى هذا الميعاد مع فائدة مقدارها $\frac{1}{6}$ مثلاً ، فانه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة .

هذه هى القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الفرق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط اجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الاعسار ، أن يطلب من القاضى ، فى مواجهة الدائن ذى الشأن أى صاحب الدين الذى سقط أجله ، ابقاء الاجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الاجل ، بأن يجوز له أن يطلب ، فى مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالية ، أن يمنح أجلاً يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه . ويجيبه القاضى الى ما تطلب من كل ذلك اذا رأى أن الظروف تبرر اجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون الى التنفيذ على أموال المدين فى ظروف غير مناسبة فتتزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا فى الاعسار المدنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) فى الافلاس التجارى ، وقد

سيقت الاشارة الى ذلك .

على أنه ليس بدعا أن يمنح القاضى للمدين أجلا حتى فى الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود . فليس هذا الا ضربا من نظرة المدين الى ميسرة (délai de grâce) يفعله القاضى حتى لو لم يكن المدين قد شهر اعساره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

٧١٤ - **عدم نفاذ حقوق الاختصاص :** ونص القانون على وسيلة أخرى أبعد أثرا فى تحقيق المساواة انفضية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا ، بأنه « لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر اعسار مدينهم ، الى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الاجراءات انفرادية التى لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كى يكفلوا لانفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الاجراءات أكثر اخلاا بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدنى الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق اختصاص ، فلا بد وانحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم أحكام واجبة التنفيذ يبادرون الى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تنح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، ألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل

صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل • فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ الى أخذ حـق اختصاص ، فان حق الاختصاص هذا لا يكون نافذا في حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار • أما اذا كان حق الاختصاص سابقا على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين •

ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص • ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر الى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى اذا ما انتهت حالة الاعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتى ، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الاعسار ، كان حق الاختصاص نافذا في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى •

الفرع الثالث

انتهاء حالة الاعسار

٧١٥ — مسالتان نتكلم في مسالتين : ١ — كيف تنتهى حالة الاعسار • ٢ — وما الذى يترتب على انتهائها •

المبحث الاول

كيف تنتهى حالة الاعسار

٧١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — تنتهى حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالتين الآتيتين :

(أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلوها، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه وفقا للمادة ٢٦٣ « .

« ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك « .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتي :

« تنتهي حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار (١) « .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الاعسار بموجب حكم قضائي : « متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لايزيد الباقي في ذمته من الديون على ما عنده من مال » ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم انتهاء حالة الاعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وحذفت الحالة الثالثة المشار إليها لدخولها في الحالة الاولى ، وضيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ — ص ٦٩٣) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ — ص ٦٩٥) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٦١ — ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٨ ، وفي التقنين المدني الاردني المادة ٣٨٤ (١) .

ويخلص من هذه النصوص أن هناك طريقتين لانتهاء حالة الاعسار : ١ — فأما أن تنتهي هذه الحالة بحكم يصدر قاضيا بانتهائها ٢ — وأما أن تنتهي بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن نص التقنين السوري اغفل أن يذكر ارسال صورة الحكم بانتهاء الاعسار الى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٧٨ — ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداية ، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لايزيد على ما عنده من مال . ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر الى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع اقساطها التي حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر .) ويختلف هذا النص عن نص التقنينين المصري في أمرين : ١ — بقيت في التقنين العراقي حالة ابراء المدين من بعض الديون ، وكانت موجودة كما رأينا في المشروع التمهيدى للتقنين المصري ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لدخولها في الحالة الاولى كما تقدم القول . ٢ — في انتهاء الاعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يستلزم حكما بانتهاء الاعسار ويكتفى بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصري فلا يستلزم حكما في هذه الحالة بل ينتهي فيه الاعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثا . قارن الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٨ ، وانظر فقرة ١٠٩) .

التقنين المدني الاردني م ٣٨٤ : ١ — ينتهي الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذي شأن الحالات الآتية : (١) اذا قسم مال المحجور بين الغرماء . (ب) اذا ثبت أن ديون المدين =

٧١٧ — انتهاء حالة الاعسار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة

الاعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولا) اذا ثبت أن المدين قد أيسر يسارا تاما ، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت شهر اعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الاعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثا أو وصية ، فأصبحت أمواله تربي على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضا اذا قبّل الدائنون أو بعضهم ابراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال (١) . (ثانيا) اذا ثبت أن المدين قد وفي بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب انتهاء حالة الاعسار ، سواء كانت هذه الديون ديونا حالة وقت شهر الاعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طسريق اسقاط أجلها بسبب شهر الاعسار ، ولم يكن هذا الاجل قد انقضى وقت طلب انتهاء حالة الاعسار ، فانها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود اليها الاجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب انتهاء حالة الاعسار . وظاهر أن المدين اذا كان قد وفي بجميع

= أصبحت لا تزيد على أمواله . (ج) اذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر الى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفي بجميع اقساطها التي حلت . (د) اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر . ٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء الحجر يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ وعليه أن يرسل صورة منه الى ديوان الوزارة للتأشير به كذلك (وحكم هذا النص يختلف عما ورد بالتقنين المدني المصري في أن التقنين الأردني اضاف الى حالات انتهاء الحجر (الاعسار) حالة تقسيم مبال المحجور بين الغرماء ولا مخالفة في ذلك للقواعد العامة ، كما ان التقنين الأردني استلزم لانتهاء الحجر انقضاء ثلاث سنوات وصدر حكم بذلك في حين أنه في التقنين المصري تنهى حالة الاعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء خمس سنوات) .

(١) انظر هذه الحالة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني ، وقسّد حذفت كحالة مستقلة لانها لا تعدو أن تكون تطبيقا للحالة الاولى كما نرى (انظر أيضا فقرة ٧١٦ في الهامش) .

الديون المشار اليها ، فانه يصبح في حالة كان لا يستطيع معها طلب شهر اعساره ، وهذا هو المبرر لانتهاء حالة الاعسار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا كما رأينا (١) . وفي هذا يختلف الفرض الثانى عن الفرض الأول ، فقد تقدم في الفرض الاول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفى بجميع ديونه دون حاجة الى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فان حالة الاعسار لا تنتهى بقوة القانون ، بل لابد من صدور حكم بانتهاء هذه الحالة . وهذا الحكم، كالحكم بشهر الاعسار ، منشئ لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا وفي المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هى المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر اعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه (٢) . ويصدر بناء على طلب كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمى انذكر ، أن يطلب من المحكمة اصدار حكم بانتهاء اعساره . وقد يكون لأجند الدائنين مصلحة في طلب انتهاء الاعسار ، اذا كان دينه في الاصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الاعسار . فاذا انتهت حالة الاعسار بتوفية الديون الحاة ، رجعت الآجال الى الديون المؤجلة .

(١) وذلك في مقابل أن الديون التى سقطت آجالها بسبب شهر الاعسار ستعود ديونا مؤجلة كما كانت .

(٢) ويصدر الحكم بانتهاء حالة الاعسار من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين . وليس من المحتم أن تكون هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار ، فقد يكون المدين غير موطنه بعد الحكم بشهر اعساره . ويصدر الحكم بناء على طلب كل ذى شأن ، المدين نفسه والدائن أو خلف آل اليه مال من المدين . ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش تسجيل صحيفة دعوى الاعسار : الاستاذ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢٤ .

ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فإنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملاً (١) .
ومتى صدر الحكم بانتهاء حالة الاعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الاعسار على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها ، فإذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى انتهاء الاعسار في محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التي أصدرت الحكم بانتهاء حالة الاعسار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الاعسار . وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بانتهاء حالة الاعسار الى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل العام الموجود بهذه المحكمة (٢) .

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلاً بانقضاء أجله ، وأريد انتهاء حالة الاعسار بتوفية الديون الحالة ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذي حل دينه هو الذي يطلب ذلك ، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب .

هذا ويصح أن يطلب انتهاء الاعسار من تصرف له المدين المعسر ، فإن هذا التصرف ، وإن كان لا يسرى في حق الدائنين ، يبقى قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بانتهاء حالة الاعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) أنظر في طرق انتهاء حالة الاعسار القانوني المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٨ — ص ٦١٩ — وقد جاء في هذه المذكرة ، في شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار ، ما يأتى : « وتتبع في الحكم بانتهاء حالة الاعسار . . . نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الاعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل (موطن) للمدين — ولا يتحتم صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم شهر الاعسار . بناء على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) . ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن في المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها الا حيث تقتضى ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الاعسار . ويسجل هذا الحكم ادارياً في اليوم الذى يصدر فيه في هامش تسجيل حكم شهر الاعسار ، وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوى الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩) .

٧١٨ — انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات الفردية • فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم انصدر بشهر الاعسار ، وهى مدة كافية لتصفية أموال المدين • ولايجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة فى حالة الاعسار التى لحقتة ، فان هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف فى أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء باعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بإنهاء حالة الاعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة •

وغنى عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار تنتهى حالة الاعسار دون حاجة الى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة الى التأشير بذلك على هامش التسجيل : اذ يسهل على كل ذى مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار •

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حالة الاعسار

٧١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها الى أجلها السابق : بشرط أن يكون قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها » •

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتى :

« انتهاء حالة الاعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقا لنمواد من ٢٣٥ الى ٢٤٣ (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في انتقنين المدنى السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الاخرى : في التقنين المدنى السوري المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ ، وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧٩ وفي التقنين المدنى الاردنى المادتين ٣٨٥ — ٣٨٦ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار ، أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لاشهار الاعسار اثر في حلولها ، أن يطلب إعادة الديون ، التى كانت قد حلت بسبب اشهار الاعسار ولم يتم دفعها ، الى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى جميع أقساطها التى حلت » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لاشهار الاعسار اثر في حلولها » ، لانها وردت في الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٦١ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ « استبدلت عبارة : « قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار اثر في حلولها » بعبارة : « قد وفى جميع أقساطها التى حلت » ، لأن العبارة الاولى أوضح وأدق في بيان المقصود ، فضلا عما في العبارة الثانية من إيهام قد يوحى بأن ماوقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التى كانت تسد حلت بسبب شهر الاعسار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الاعسار من تصرف في ماله أو من وفاء لديونه ، إلا اذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذى يسمح به القانون » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الاخرى : التقنين المدنى السوري م ٢٦٣

— ٢٦٤ (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى) =

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الاعسار متى زالت زالت معها الآثار التي كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التي تزول نذكر بنوع خاص سقرط أجل الدين ، فيعود الدين الى أجله السابق . كذلك المدين انذى تزول حالة اعساره بحكم قضائي أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة اعسار قانونية الى اعسار فعلي ، فيبقى خاضعا لاحكام الدعوى غير المتأثرة والدعوى البوليصية اللتين لا تتطلبان الا الاعسار الفعلي على ما قدمنا .

فنستعرض أذن مسائل ثلاثا : ١ — زوال الآثار التي ترتبت على شهر الاعسار بوجه عام . ٢ — رجوع الاجل بعد سقوطه . ٣ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لاحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية .

٧٢٠ — زوال الآثار التي ترتبت على شهر حالة الاعسار : رأينا أن هناك آثارا ترتبت على شهر حالة الاعسار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف في ماله ، وأصبح معرضا لعقوبة التبديد في حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من

= التقنين المدني العراقي : م ٢٧٩ — يكون للمدين الحسب ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر ، أن يحصل من دائره الاجراء على قرار برفع الحجر الموقع على امواله بسبب الحجر ، وهذا دون اخلال بما اتخذته كل دائن من الاجراءات على اموال المدين باسمه خاصة ولمصلته وحده .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي ينهى حالة الاعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الاجراء على قرار برفع الحجز . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق اتخاذه من اجراءات فردية ولم يعرض التقنين العراقي لعودة الاجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، ولكن ما عرض له التقنين المصري من ذلك ليس الا تطبيقا للقواعد العامة — انظر الاستاذ حسن على الذنون في احكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٠) .

التقنين المدني الأردني : م ٣٨٥ — ٣٨٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٤ — ٢٦٤ من التقنين المدني المصري) .

ايرادات أمواله المحجوزة • والدائنون لا يحتج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص انتهى تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم ان لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة •

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الاعسار ، فاذا ما زالت هذه الحالة يحكم قضائي أو بقوة القانون ، فان الآثار التي ترتبت عليها تزول بزوالها • ومن ثم يعود للمدين حق التصرف في أمواله ، فتتفد تصرفاته في حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين ان يباشروا ادعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية كما سيأتي • ولا يصبح المدين معرضا لعقوبة التبديد ، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديونا صورية أو ديونا مبالغيا فيها أو تعمد الاعسار ، ولا يكون معرضا في كل ذلك الا الأحكام دعوى الصورية والدعوى البوليصية وذلك ما لم يشهر المعروفة • كذلك تنقطع النفقة التي قد تكون قدرت له ، فان النفقة لا تبقى الا ببقاء حالة الاعسار القانوني • أما حقوق الاختصاص التي كان الدائنون قد أخذوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، فانها تصبح نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة اعساره من جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الاعسار آثاره تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (١) •

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا ينفذ أي اختصاص يترتب على عقارات المدين في حق دائنيه ذوي السديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل • وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيله من عبء التزامهم والتدافع • ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جسدها بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الاعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق ان يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الاعسار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٧٩) • وقارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية في موضع آخر : « ويلاحظ من ناحية أخرى ان رخصة =

وننتقل الآن الى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ — رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الاعسار ، زال أثرها في اسقاط أجل الدين ، وعاد الدين الى أجله انسابق . ونستعرض ، لبيان ذلك تفصيلا ، الفروض التى تزول فيها حالة الاعسار :

فان زال الاعسار بحكم قضائى بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلولها ، فان الديون الباقية التى لم توف — والتى كانت آجالها قد سقطت بشهر الاعسار — تعود الى آجالها السابقة ، فتصبح ديونا مؤجلة غير حانة ، ولا تحل الا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعيا بانقضاء المدة لا عن طريق سقوط الأجل . وتقضى بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و ٢٦٣ .

وان زال الاعسار بحكم قضائى بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحاله منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : ١ — طائفة حل أجلها حلولا طبيعيا ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الاعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا بسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء ، وعلى المدين الذى زالت حالة اعساره الوفاء بها ، والا اتخذ الدائنون اجراءات التنفيذ الجبرى واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهى تكفى فرضا للوفاء لا بالديون الحاله وحدها ، بل بها وبالديون المؤجلة . ٢ — وطائفة لم يحل أجلها ، وانما كان الاجل قد سقط بشهر الاعسار . هذه الديون اذا كانت لم توف ، تعود اليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ — لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — فترجع ديونا مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الاجل تكون مستحقة الأداء،

= الاختصاص بعقارات المدين تعود اليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا في حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الاعسار » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .
وانظر الاستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٦ — وقارن الاستاذ محسن شفيق في الافلاس فقرة ٤٤ .

وعلى المدين الوفاء بها • والمفروض أن عنده من المال ما يكفى لذلك (١)، فان لم ينفذ طوعا اتخذت اجراءات التنفيذ الجبرى • ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها — كما تنص صراحة المادة ٢٦٣ — أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، أى أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون •

وان زال الاعسار بقوة القانون — بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الاعسار — وفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها على النحو الذى قدمناه ، كان من حقه أن يطلب — بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — ارجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الاعسار ولم يكن سبق الوفاء بها (٢) •

٧٢٢ — خضوع المدين بعد زوال حالة اعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية : قلنا أن المدين الذى زالت حالته اعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون يعود له حق التصرف فى ماله • ولكن قد يقع أن هذا المدين الذى زالت حالة اعساره القانونى يبقى مع ذلك معسرا اعسارا فعليا (٣) • وفى هذه الحالة يصبح المدين خاضعا لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية • ذلك أن انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون — كما تقول المادة

(١) وهذا مالم يكن قد اعسر مرة اخرى فى الفترة التى سبقت انقضاء الاجل ، فعند ذلك تجوز العودة الى اعساره من جديد •
(٢) قارن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٦٩٩ — ص ٧٠٠ — وهى تشرح المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة •

(٣) ويتحقق ذلك اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بسبب وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفى للوفاء بالديون التى عادت اليها آجالها ، فيكون معسرا اعسارا فعليا • ويتحقق أيضا اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسرا اعسارا فعليا بعد زوال حالة الاعسار القانونى • بل =

٢٦٤ — لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله وفقا للمواد ٢٣٥ — ٢٤٣ مدنى ، وهى النصوص التى تبسط أحكام كل من الدعويين •

فيجوز للدائنين الى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر اعسارا فعليا ، بعد زوال اعساره القانونى ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما قدمنا •

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا فى تصرفات المدين المعسر اعسارا فعليا ، بعد زوال اعساره القانونى ، بالدعوى البوليصية ، فان الذى يشترط فى هذه الدعوى أيضا هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما سبق القول • وعلى الدائنين فى هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البوليصية ، الا اذا عادوا الى شهر اعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الاعسار القانونى ، فعند ذلك لا تبرى تصرفات المدين فى حقهم دون حاجة الى الطعن فى هذه التصرفات بالدعوى البوليصية •

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الاعسار القانونى والاعسار الفعلى • فان كان فى حالة اعسار قانونى ، فانه يكون خاضعا للنظام الخاص الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم • أما اذا كان معسرا اعسارا فعليا فانه لا يكون خاضعا لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذى يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذى تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية •

= انه اذا كان زوال حالة الاعسار القانونى قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالة والمؤجلة ، أى اذا زال الاعسار القانونى والاعسار الفعلى فى وقت واحد ، فان المدين قد يعود الى الاعسار الفعلى دون أن يشهر اعساره القانونى •

فهرس مجمل

لشتملات المجلد الثانى

القسم الثانى

آثار الالتزام

صفحة	تمهيد
١٤١	(١) تنفيذ الالتزام
١٤١	
١٤٦	(٢) الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى
١٤٩	١ — الالتزام الطبيعى
١٥٢	أ — الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى
١٧١	ب — الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى
١٨٧	٢ الالتزام المدنى

الباب الاول

التنفيذ العينى

متى يكون التنفيذ العينى وكيف يكون ١٨٩

الفصل الاول

متى يكون التنفيذ العينى

١٩٠	النصوص القانونية
١٩٢	شروط اربعة :
١٩٢	الشرط الاول : ان يكون التنفيذ العينى ممكنا
١٩٤	الشرط الثانى : أن يطلب الدائن التنفيذ العينى
١٩٤	أو يتقدم به المدين
١٩٨	الشرط الثالث : الا يكون فى التنفيذ العينى ارهاق
١٩٨	للمدين أو يكون فيه ارهاق ولكن العدول عنه
١٩٨	يلحق بالدائن ضررا جسيما
١٠٠٢	الشرط الرابع : اعدار المدين (احالة)

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

صفحة	
١٠٠٤	الفرع الاول : موضوع التنفيذ العيني
١٠٠٤	المبحث الاول : الالتزام بنقل ملكية او حق عيني آخر
١٠٠٥	المطلب الاول : محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم
١٠١٣	المطلب الثاني : محل الالتزام شيء لم يعين الابتوعه
١٠١٨	المبحث الثاني : الالتزام بعمل
١٠١٩	المطلب الاول : الالتزام ببذل عناية
١٠٢٥	المطلب الثاني : الالتزام بالتسليم
١٠٣٤	المطلب الثالث : الالتزام بانجاز عمل معين
١٠٤٢	المبحث الثالث : الالتزام بالامتناع عن عمل
١٠٤٧	الفرع الثاني : وسائل التنفيذ العيني
١٠٤٩	المبحث الاول : الاكراه البدني
١٠٥٣	المبحث الثاني : التهديد المالي
١٠٥٧	المطلب الاول : شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني
١٠٧١	المطلب الثاني : اثر الحكم بالتهديد المالي

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

١٠٧٦	متى يكون التنفيذ بطريق التعويض
١٠٧٧	التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام ايا كان مصدره
١٠٧٨	وسائل تنفيذ التعويض
١٠٧٩	كيفية تقدير التعويض

الفصل الاول

التعويض القضائي

صفحة	
١٠٨٠	الفرع الاول : الاعذار
١٠٨٠	النصوص القانونية
١٠٨٤	معنى الاعذار
١٠٨٦	كيف يتم الاعذار
١٠٩٠	الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار
١٠٩٨	النتائج القانونية التي تترتب على الاعذار
١١٠٠	الفرع الثاني : تقدير القاضي للتعويض
١١٠٠	نوعا التعويض
١١٠٢	عناصر التعويض
١١٠٥	الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول
١١٠٦	تقدير التعويض بمبلغ من النقود
١١٠٧	شروط استحقاق التعويض
١١٠٨	الخطأ (احالة)
١١٠٩	الضرر (احالة)
١١١٠	علاقة السببية (احالة)
١١١٠	التعديل الاتفاقي لقواعد المسؤولية (احالة)

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي

١١١٤	الفرع الاول : شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني
١١١٧	المبحث الاول : شروط استحقاق الشرط الجزائي
١١٢٣	المبحث الثاني : التكيف القانوني للشرط الجزائي
١١٢٣	الفرع الثاني : ما يترتب على الشرط الجزائي من الاثر
١١٢٦	المبحث الاول : متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي
١١٤٦	المبحث الثاني : متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

الفصل الثالث

التعويض القانوني او الفوائد

١١٥٢	الفرع الاول : شروط استحقاق الفوائد
------	------------------------------------

صفحة

١١٥٧	١ — الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد . . .
١١٦٥	٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية . . .
١١٧٦	٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية . . .
١١٨٠	الفرع الثاني : مقدار الفوائد كما حددها القانون . . .
١١٨٠	المبحث الأول : سعر الفائدة . . .
١١٩١	المبحث الثاني : جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها . . .
١١٩١	المطلب الأول : جواز النزول عن الحدود المقررة لسعر الفائدة . . .
١٢١٠	المطلب الثاني : جواز الزيادة على الحدود المقررة لسعر الفائدة . . .

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

١٢١٩	أموال المدين ضامنه لالتزاماته . . .
١٢٢٣	الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . . .
١٢٢٧	طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية . . .

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

١٢٣٠	الفرع الأول : شروط الدعوى غير المباشرة . . .
١٢٣٢	المبحث الأول : الشروط التي ترجع الى الدائن . . .
١٢٤١	المبحث الثاني : الشروط التي ترجع الى المدين . . .
	المبحث الثالث : الشروط التي ترجع الى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين . . .
١٢٤٩	الفرع الثاني : الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة . . .
١٢٦١	المبحث الأول : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى المدين . . .
١٢٦٣	

المبحث الثاني : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى	
الخصم	١٢٦٧
المبحث الثالث : آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة الى	
الدائن	١٢٧٠
الفرع الثالث : الدعوى المباشرة	١٢٧٣
المبحث الاول : حالات الدعوى المباشرة في التقنين المصري	
المصري	١٢٧٦
المبحث الثاني : الاساس القانوني والتصوير الفني للدعوى	
المباشرة	١٢٨٩

الفصل الثاني

الدعوى البوليصية

الفرع الاول : شروط الدعوى البوليصية	١٣٠٢
المبحث الاول : الشروط التي ترجع الى الدائن	١٣٠٨
المبحث الثاني : الشروط التي ترجع الى المتصرف	
المطعون فيه	١٢١٣
المطلب الاول : تصرف قانوني	١٣١٣
المطلب الثاني : تصرف مفقر	١٣١٧
المطلب الثالث : تصرف تال في الوجود لحق	
الدائن	١٣٢٩
المبحث الثالث : الشروط التي ترجع الى المدين	١٣٣٦
المطلب الاول : الاعسار	١٣٣٦
المطلب الثاني : الغش والتواطؤ	١٣٤٤
المبحث الرابع : التقادم في الدعوى البوليصية	١٣٦٠
الفرع الثاني : الآثار التي تترتب على الدعوى البوليصية	١٣٦٤
المبحث الاول : اثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى الدائن	١٣٧٢
المبحث الثاني : اثر الدعوى البوليصية بالنسبة الى المدين	
ومن تصرف له المدين	١٣٨٤

الفصل الثالث

دعوى الصورية

صفحة

١٣٩٢	الفرع الاول : تحديد الصورية
	معنى الصورية وانواعها: الصورية المطلقة والصورية بطريق
	التستر والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق
١٣٩٢	التسخير
١٣٩٦	شروط تحقق الصورية
١٣٩٧	تمييز الصورية عن حالات مشابهة
١٤٠٠	منطقة الصورية
١٤٠١	الفرع الثاني : احكام الصورية
	المبحث الاول : احكام الصورية بالنسبة الى المتعاقبين
١٤٠٤	والخلف العام
١٤١٢	المبحث الثاني : احكام الصورية بالنسبة الى الغير
	المبحث الثالث : الصورية من حيث الدعوى وطريق
١٤٣٥	الاثبات
١٤٣٥	١ - من حيث الدعوى
١٤٣٩	٢ - من حيث طرق الاثبات
	الفرع الثالث : مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى
١٤٤٨	البوليصة والدعوى غير المباشرة
	المبحث الاول : مقارنة دعوى الصورية بالدعوى
١٤٤٨	البوليصة
	المبحث الثاني : مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير
١٤٥٥	المباشرة

الفصل الرابع

الحق في الحبس

١٤٥٧	تمهيد : تكليف الحق في الحبس
١٤٥٧	كيف نشأ الحق في الحبس
١٤٥٩	الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي
١٤٦٠	حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق
١٤٦٦	الحق في الحبس في التقنين المدني المصري الجديد

صفحة	
١٤٧٢	الفرع الاول : نشوء الحق في الحبس
١٤٧٤	المبحث الاول : الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس
١٤٧٥	الشروط الاول : دينان متقابلان
١٤٨٤	الشروط الثاني : قيام الارتباط ما بين الدينين
١٤٩١	كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطيه
١٤٩٣	المبحث الثاني : تطبيقات على الحق في الحبس
١٤٩٤	المطلب الاول : تطبيقات منصوص عليها في القانون
١٤٩٤	١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التباضي
١٥٠١	٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي
١٥٠٧	المطلب الثاني : تطبيقات غير منصوص عليها في القانون
١٥٠٨	١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التباضي
١٥١٧	٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي
١٥٢٠	الفرع الثاني : الآثار التي تترتب على الحق في الحبس
١٥٢٣	المبحث الاول : حقوق الحبس للمعين
١٥٢٣	المطلب الاول : علاقة حبس العين بمالكها
١٥٢٨	المطلب الثاني : علاقة حبس العين بالغير
١٥٣٢	المبحث الثاني : واجبات الحبس للمعين
١٥٣٨	الفرع الثالث : الحق في الحبس
١٥٤٠	المبحث الاول : انتضاء الحق في الحبس بطريق تبعية
١٥٤٢	المبحث الثاني : انتضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

الفصل الخامس

الاعسار

تمهيد : الاعسار المدني والاعسار التجاري — الاعسار في

صفحة	
١٥٥٢	التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد . . .
١٥٥٢	مقومات الافلاس التجارى
	مقارنة بين الافلاس التجارى والوسائل المدنية التى تقدم
١٥٥٤	فكسرها
١٥٥٧	الافلاس التجارى والاعسار المدني
١٥٥٨	الاعسار في التقنين المدني السابق
١٥٦٠	تنظيم الاعسار في التشريعات الحديثة
١٥٦٢	تنظيم الاعسار في التقنين المدني الجديد
١٥٦٧	الفرع الاول : شهر حالة الاعسار
١٥٦٨	المبحث الاول : طرنا دعوى الاعسار
١٥٨١	المبحث الثانى : اجراءات دعوى الاعسار
١٥٨٨	الفرع الثانى : الآثار التى تترتب على حالة الاعسار
١٥٨٨	المبحث الاول : بالنسبة الى المدين
١٥٩٨	المبحث الثانى : بالنسبة الى الدائنين
١٦٠٤	الفرع الثالث : انتهاء حالة الاعسار
١٦٠٤	المبحث الاول : كيف تنتهى حالة الاعسار
١٦١٠	المبحث الثانى : ما الذى يترتب على انتهاء حالة الاعسار

رقم الابداع

٨٢/٤٧٩٥

مطابع مؤسسة روز اليوسف



Bibliotheca Alexandrina



0404570